



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Warszawa, 20 listopada 2019 r.

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

Podmioty na prawach strony:

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136, IX piętro
02-305 Warszawa

DECYZJA NR DR.WORK.6082.8.2019.58

Na podstawie art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t. j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1954, ze zm., dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 i art. 108 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t. j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2096, ze zm., dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 Pt, po rozpatrzeniu wniosku Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „OPL” lub „TP”) z dnia 17 maja 2019 r. w przedmiocie zmiany „Oferty ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony oraz dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (dalej „Oferta SOR”) zatwierdzonej decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10 (109), zmienionej następnie decyzjami Prezesa UKE, w zakresie modyfikacji zapisów w Części I Ogólnej Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty, zatwierdzam projekt zmiany Oferty SOR (dalej „Projekt OPL”) w następującym brzmieniu:

I. W Części I Ogólnej, w Rozdziale 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne:

- ust. 1 lit. d otrzymuje następujące brzmienie:

„d) 200 (dwieście) złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku, gdy w wyznaczonym terminie nie zostanie sprawdzona możliwość realizacji zamówienia na Splittery,”;

- ust. 1 lit. h otrzymuje następujące brzmienie:

„h) 300 (trzysta) złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku, gdy nie zostają dotrzymane terminy przekazania informacji wchodzących w zakres Wywiadu technicznego,”;

- ust. 1 lit. i skreśla się;

- ust. 1 lit. j otrzymuje następujące brzmienie:

„j) 60/30 opłaty abonamentowej za daną Usługę Regulowaną, określonej w Cenniku, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku, gdy przekroczony zostanie czas usunięcia Awarii”;

- ust. 1 lit. r i lit. s skreśla się;

- ust. 2 otrzymuje następujące brzmienie:

„2. Wysokość kary umownej określonej w ppkt 1.9.3 ust. 1 pkt a, c, d, e, f, h, j, q – z tytułu jednego zdarzenia nie może przekroczyć jej 60 (sześćdziesiąt) krotności. Za jedno zdarzenie uznaje się jednostkowe przekroczenie terminu na realizację pojedynczego zgłoszenia/zamówienia dotyczące przypadków opisanych w ww. punktach, zakończone powiadomieniem PT przez TP o jego realizacji (w przypadku Awarii jest to powiadomienie o usunięciu Awarii). W związku z brzmieniem zdania poprzedzającego wskazanej kary umownej nie stosuje się do ponownych zgłoszeń/zamówień dla zdarzeń nie zakończonych przedmiotowym powiadomieniem PT.”;

- ust. 3 otrzymuje następujące brzmienie:

„3. Jako dzień, w którym wystąpiło opóźnienie w działaniu TP, Strony przyjmują każdy dzień liczony jako kolejne 24 (dwadzieścia cztery) godziny od momentu wystąpienia opóźnienia.”;

- po ust. 6 dodaje się nowy ust. 7 i ust. 8 w następującym brzmieniu:

„7. Kara umowna nie przysługuje PT w następujących przypadkach:

- niezłożenia przez PT prognoz zapotrzebowania, złożenia błędnych prognoz zapotrzebowania lub przekroczenia limitów określonych dla danych prognoz zapotrzebowania w przypadkach wskazanych w Części I Rozdział 6 Oferty SOR, jeżeli TP wykaże związek ww. działania lub zaniechania PT z występującymi w tym okresie Awariami lub Przerwami;
- w przypadku, gdy Abonent PT nie wyrazi zgody na dostęp do lokalu służb technicznych TP, który to dostęp jest konieczny dla usunięcia Awarii, zgodnie z postanowieniami Części I Rozdział 1 pkt 1.12 ppkt 1.12.1 ust. 9 Oferty SOR, lub przypadku nieobecności Abonenta PT w lokalu w umówionym terminie;
- braku zgłoszenia przez PT do TP nieprawidłowości w zakresie zdarzeń objętych roszczeniem z tytułu kary umownej;
- zaistnienia zdarzeń wyłączających odpowiedzialność TP (Siła wyższa).

8. W przypadku gdy jedno zdarzenie może stanowić więcej niż jedną podstawę do naliczania kar umownych opisanych w pkt 1.9.3, PT ma możliwość według własnego wyboru do obciążania TP kosztem kary umownej tylko z jednej podstawy.”

II. W Części I Ogólnej, w Rozdziale 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.4 Bonifikaty:

- ust. 1 otrzymuje następujące brzmienie:

„1. Bonifikaty przysługują PT za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa Regulowana była niedostępna z uwagi na wystąpienie Awarii oraz za każdy dzień niedotrzymania parametru dostępności Usług Regulowanych w ciągu roku kalendarzowego określonego na poziomie 99,7 (dziewięćdziesiąt dziewięć i siedem dziesiątych) %. W przypadku gdy PT korzysta z danej Usługi Regulowanej przez okres krótszy niż rok kalendarzowy to dostępność usługi powinna być wyliczona proporcjonalnie do danego okresu.”

- ust. 2 otrzymuje następujące brzmienie:

„2. Wysokość bonifikaty, o której mowa w ust. 1 powyżej ustala się na poziomie 1/30 opłat miesięcznych za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa Regulowana była niedostępna z uwagi na wystąpienie Awarii lub za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa Regulowana świadczona była poniżej gwarantowanej dostępności Usług Regulowanych, o których mowa w Części I Ogólnej Rozdziale 1 Informacje podstawowe pkt 1.1 Definicje.”;

- ust. 3 skreśla się;

- ust. 4 otrzymuje następujące brzmienie:

„4. Jako dzień, w którym nastąpiła w sposób ciągły lub przerywany niedostępność Usługi Regulowanej, Strony przyjmują dzień liczony jako kolejne 24 (dwadzieścia cztery) godziny od momentu dokonania zgłoszenia zdarzenia.”

III. Niniejszej decyzji, na podstawie art. 108 § 1 kpa, nadaję rygor natychmiastowej wykonalności.

Uzasadnienie

W dniu 22 września 2009 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-5/09(22)¹ (dalej „Decyzja SMP 3”), w której TP została wyznaczona jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej TP, zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia (dalej „Rynek 3”).

W dniu 29 września 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WOR-6082-4/10(109)², w której zatwierdził Ofertę SOR.

W dniu 30 grudnia 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-2/10(52)³ (dalej „Decyzja SMP 4”), w której określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usług hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej (w tym dostępu dzielonego lub w pełni uwolnionego) w stałej lokalizacji i wyznaczył TP jako przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej (dalej „Rynek 4”).

W dniu 5 kwietnia 2011 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WOR-6082-4/10(219)⁴, w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 29 września 2010 r.

¹ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=6101

² <https://archiwum.uke.gov.pl/zmiana-oferty-ramowej-dla-tp-13177>

³ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=8136

⁴ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=8553

W dniu 5 sierpnia 2011 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-5/10(42)⁵ (dalej „Decyzja SMP 2”), w której ustalił, że na krajowym rynku świadczenia usługi rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonicznej w stałej lokalizacji) (dalej „Rynek 2”) nie występuje skuteczna konkurencja oraz wyznaczył TP jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na tym rynku.

W dniu 4 października 2011 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-2/11(70)⁶ zmieniającą Ofertę SOR w zakresie wprowadzenia możliwości świadczenia Usługi BSA⁷ w technologii VDSL⁸.

W dniu 3 marca 2014 r., Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-1/12(283)⁹ zmieniającą Ofertę SOR w zakresie usług informacyjno – zleceńowych udostępnianych w ramach Części IV Oferty SOR Usługa WLR¹⁰.

W dniu 30 maja 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-7/13(76)¹¹ zmieniającą Ofertę SOR w zakresie wprowadzenia nowej opcji Usługi BSA – do 80 Mb/s.

W dniu 2 czerwca 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-3/11(448)¹² zmieniającą Ofertę SOR w zakresie zasad świadczenia Usługi LLU¹³ i Usługi BSA.

W dniu 18 czerwca 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-1/13(202)¹⁴ zmieniającą Ofertę SOR w zakresie postanowień dotyczących awarii, zasad odpowiedzialności oraz kar umownych (dalej „Decyzja Kary i Bonifikaty I”).

W dniu 7 października 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-1/14(121)¹⁵ (dalej „Decyzja SMP 5”), w której określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego i wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej (dalej „Rynek 5”).

W dniu 26 lutego 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-2/13(133)¹⁶ zmieniającą Ofertę SOR w zakresie narzędzi służących do przekazywania danych rozliczeniowo-bilingowych dla Usługi WLR.

W dniu 5 maja 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-7/13(177)¹⁷, w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 30 maja 2014 r.

5

https://archiwum.uke.gov.pl/uke/index.jsp?place=Lead01&news_cat_id=168&news_id=7044&layout=3&page=text

⁶ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=9410

⁷ ang. Bitstream Access – usługa szerokopasmowego dostępu do lokalnej pętli abonenckiej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych;

⁸ ang. Very High Speed DSL – szybki DSL (standard ITU - G.993.1 dla VDSL i G993.2 dla VDSL2);

⁹ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=15326

¹⁰ ang. Wholesale Line Rental – usługa hurtowego dostępu do sieci;

¹¹ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-w-sprawie-oferty-sor-13933>

¹² <https://archiwum.uke.gov.pl/zmiana-oferty-sor-decyzja-czesciowa-13939>;

¹³ ang. Local Loop Unbundling – usługa dostępu telekomunikacyjnego do lokalnej pętli abonenckiej;

¹⁴ <https://archiwum.uke.gov.pl/zmiana-oferty-sor-14013>;

¹⁵ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=17605

¹⁶ <https://archiwum.uke.gov.pl/zmiana-oferty-sor-15492>;

¹⁷ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-ws-zmiany-oferty-sor-15965>;

W dniu 7 maja 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-1/13(319)¹⁸, w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 18 czerwca 2014 r. (dalej „Decyzja Kary i Bonifikaty II”).

W dniu 9 czerwca 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-4/12(194)¹⁹, zmieniającą Ofertę SOR poprzez wprowadzenie Usługi BSA świadczonej w podwyższonej klasie ruchu (klasa C2) na poziomie dostępu Ethernet, w opcjach przepływności w przedziale od „DSL 250” do „DSL 15000” oraz nowej opcji Usługi BSA „DSL 20000” świadczonej w podwyższonej klasie ruchu, na poziomach dostępu ATM, Ethernet, IP Zarządzany oraz IP Niezarządzany.

W dniu 3 lipca 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-3/11(611)²⁰, w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 2 czerwca 2014 r.

W dniu 2 listopada 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.6.2015.49²¹, zmieniającą Ofertę SOR w zakresie szerokopasmowego dostępu do Internetu w technologii FTTH.

W dniu 21 grudnia 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.4.2015.99²², zmieniającą Ofertę SOR w zakresie realizacji przez OPL zamówień na usługi regulowane powiązane z przeniesieniem numeru, uwzględniając konieczność wykonywania komunikacji w zakresie wniosku abonenta o przeniesienie numeru z wykorzystaniem Platformy Lokalizacyjno-Informacyjnej z Centralną Bazą Danych (dalej „Decyzja PLI CBD I”).

W dniu 11 kwietnia 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.4.2015.124²³, w której utrzymał w całości w mocy Decyzję PLI CBD I.

W dniu 16 maja 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.2.2016.3²⁴, zmieniającą Ofertę SOR w zakresie usługi udostępnienia Ciemnego włókna światłowodowego oraz udostępnienia i utrzymania Lokalnej Pętli Światłowodowej.

W dniu 4 czerwca 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.1.2016.6²⁵, zmieniającą Ofertę SOR poprzez wprowadzenie w Ofercie SOR alternatywnego procesu dostarczania usług hurtowych.

W dniu 11 sierpnia 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.10.2016.28²⁶, zmieniającą Ofertę SOR w zakresie zapewnienia dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej, w związku z obowiązkami regulacyjnymi nałożonymi na OPL w Decyzji SMP 5.

W dniu 6 grudnia 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.3.2016.46, którą zmienił Ofertę SOR w zakresie mechanizmu aktualizacji listy Fizycznych Punktów Styku Sieci i listy Punktów Dostępu do Usługi.

¹⁸ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-ws-zmiany-oferty-sor-15981>;

¹⁹ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-w-sprawie-zmiany-oferty-sor-16188>;

²⁰ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-w-sprawie-zmiany-oferty-sor-16312>;

²¹ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-w-sprawie-zmiany-oferty-sor-17074>;

²² <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-prezesa-uke-zatwierdzajaca-zmiane-oferty-sor-17293>;

²³ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-dla-orange-polska-w-sprawie-sor-19524>

²⁴ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-prezesa-uke-zatwierdzajaca-zmiane-oferty-sor-19766>;

²⁵ <https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-prezesa-uke-dla-orange-polska-sa-19878>;

²⁶ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=24086

W dniu 25 maja 2017 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.10.2016.101²⁷, którą uchylił w części decyzję Prezesa UKE z dnia 11 sierpnia 2016 r. nr DHRT.WORK.6082.10.2016.28.

W dniu 25 września 2018 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.8.2017.85²⁸ zmieniającą Ofertę SOR w zakresie zmiany wysokości opłaty za Usługę Hurtowego Dostępu do Sieci Orange (WLR).

W dniu 26 września 2018 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.SMP.6041.5.2017.92 (dalej „Decyzja deregulacyjna Rynek 2”²⁹), deregulującą Rynek 2. Termin uchylenia obowiązków dla hurtowego rynku rozpoczynania połączeń został wyznaczony na okres 2 lat od dnia doręczenia decyzji OPL, ze względu na potrzebę zapewnienia płynnej zmiany warunków biznesowych operatorów alternatywnych (dalej „OA”) korzystających z usług regulowanych oraz ochronę konsumentów, będących ich użytkownikami.

W dniu 8 października 2018 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.9.2017.68³⁰ zmieniającą Ofertę SOR poprzez wykreślenie opłaty za przeniesienie numeru.

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2019 r., sygn. akt II GSK 5014/16 Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie (dalej „NSA”) uchylił Decyzję Kary i Bonifikaty I oraz Decyzję Kary i Bonifikaty II (dalej „Wyrok NSA”).

W dniu 13 maja 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DR.WORK.6082.3.2019.36³¹ zobowiązującą OPL do przygotowania zmiany Oferty SOR w przedmiocie modyfikacji zapisów w Części I Ogólnej Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty (dalej „Decyzja Zobowiązująca”).

W wykonaniu Decyzji Zobowiązującej OPL pismem z dnia 17 maja 2019 r. złożyła wniosek o zmianę Oferty SOR w zakresie Części I Ogólnej, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty (dalej „Wniosek”). OPL zaproponowała wprowadzenie do Oferty SOR zapisów odpowiadających zmianom wprowadzonym Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II.

Pismem z dnia 21 maja 2019 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „PIIT”), Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „KIGEiT”), Krajową Izbę Komunikacji Ethernetowej z siedzibą w Warszawie oraz Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie o wszczęciu postępowania administracyjnego w przedmiocie zatwierdzenia zmiany Oferty SOR poprzez modyfikację zapisów w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty, informując jednocześnie, że zgodnie z art. 31 § 1 pkt 2 kpa organizacja społeczna może wystąpić do organu z żądaniem dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione celami statutowymi tej organizacji i gdy przemawia za tym interes społeczny. Ponadto, Prezes UKE poinformował, iż zgodnie z art. 31 § 5 kpa organizacja społeczna, która nie uczestniczy w postępowaniu na prawach strony, może za zgodą

²⁷ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=27337

²⁸ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zmiana-oferty-sor,22.html>

²⁹ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/decyzje-prezesa-uke-dla-orange-polska-s-a-,2.html>

³⁰ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zmiana-oferty-sor,23.html>

³¹ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zobowiazanie-do-zmiany-oferty-sor,27.html>

organu administracji publicznej przedstawić organowi swój pogląd w sprawie, wyrażony w uchwale lub oświadczeniu jej organu statutowego.

Pismem z dnia 3 czerwca 2019 r. KIGEiT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. PIIT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Postanowieniem z dnia 13 czerwca 2019 r. Prezes UKE dopuścił KIGEiT do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. Prezes UKE zawiadomił OPL oraz KIGEiT o włączeniu do materiału dowodowego następujących dokumentów:

- Raportu kwartalnego NSKPI³² 1 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2018 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2018 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2018 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2018 r. (dalej „Raporty kwartalne NSKPI”).

W dniach od 14 czerwca 2019 r. do 15 lipca 2019 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji rozstrzygającej sprawę z Wniosku.

Pismem z dnia 17 czerwca 2019 r. Prezes UKE zawiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”) oraz strony postępowania o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego w sprawie.

Postanowieniem z dnia 25 czerwca 2019 r. Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 10 lipca 2019 r. NexoTech S.A. z siedzibą w Luboniu złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie. Pismem z dnia 10 lipca 2019 r. Katowickie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach złożyło stanowisko

³² Nowy System KPI

konsultacyjne w sprawie. Pismem z dnia 11 lipca 2019 r. Telekom Usługi S.A. z siedzibą w Gdańsku złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Wspólne stanowisko konsultacyjne Partnerów Technicznych OPL”).

Pismem z dnia 12 lipca 2019 r. OPL złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne OPL”). W Stanowisku konsultacyjnym OPL poparła wydanie decyzji w zaproponowanym kształcie. OPL wskazała, że zmiany zaproponowane w projekcie decyzji, w szczególności polegające na ograniczeniu wysokości kar umownych i wykreśleniu kilku podstaw do ich naliczania są zgodne z reżimem ustalonym w 2014 r. przez Prezesa UKE oraz zostały poddane procedurze opiniowania z Komisją Europejską oraz BEREC³³ w ramach postępowania konsolidacyjnego, którą przeszły pozytywnie. Zdaniem OPL, wobec powyższego, należy uznać, że zastosowane rozwiązania są uzasadnione i poprawne pod względem merytorycznym.

Pismem z dnia 12 lipca 2019 r. PIIT złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne PIIT”). W Stanowisku konsultacyjnym PIIT wskazała, że popiera rozwiązania, które przyczynią się do zapewnienia pewności prawa w prowadzeniu działalności gospodarczej. PIIT podkreśliła, że obowiązujący w Ofercie SOR system odpowiedzialności w zakresie kar umownych i bonifikat, jest dużo bardziej surowy, niż stosowany w przypadku zawierania umów na zasadzie swobody umów w oparciu o mechanizmy rynkowe, zatem pozostawienie go na poziomie określonym jeszcze w 2010 r. byłoby tym bardziej nieadekwatne do aktualnej sytuacji rynkowej. Zdaniem PIIT projekt wprowadza modyfikacje niwelujące problemy interpretacyjne co do zapisów Oferty SOR oraz usuwa najbardziej wygórowane kary umowne, nieprzystające do funkcji kar umownych funkcjonujących w obrocie cywilno-prawnym. PIIT wskazała, że obniżenie wysokości niektórych kar umownych, doprecyzowanie zasad ich naliczania niewątpliwie przyczynia się do zmniejszania liczby sporów operatorskich i pozwoli na rozwiązywanie problemów w zakresie wzajemnych należności już na etapie bieżącej współpracy międzyoperatorskiej. Zdaniem PIIT zbyt restrykcyjne mechanizmy mogą powodować wypaczenie funkcji represyjnej kar umownych, przechylając kierunek współpracy międzyoperatorskiej z uczciwej konkurencji na poszukiwanie źródeł łatwego zysku w oparciu o wysokie kary.

Pismem z dnia 12 lipca 2019 r. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne Netia”). W Stanowisku konsultacyjnym Netia wskazała, że:

- Założenie Prezesa UKE o prawidłowej wartości kar umownych wprowadzonych Decyzją Kary i Bonifikaty I i II należy uznać za błędne.
- Prezes UKE nie zgromadził materiału dowodowego pozwalającego na stwierdzenie prawidłowości wnioskowanych przez OPL zmian. Prezes UKE przyjął za aktualne ustalenia oparte o dane z lat 2013 i 2014, nie badając czy od czasu wydania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II nastąpiły jakiegokolwiek zmiany mające wpływ na stan faktyczny w obecnie toczącym się postępowaniu.
- Prezes UKE wprowadzając zmiany w wysokości kar i bonifikat nie przeprowadził żadnej analizy, która wyjaśniałaby wprowadzenie obniżki poszczególnych kwot.
- Wprowadzenie limitu wysokości kar umownych ponoszonych przez OPL prowadzić będzie do ograniczenia odpowiedzialności OPL.

³³ The Body of European Regulators for Electronic Communications

- Obniżenie wysokości kar umownych zgodnie z wnioskiem OPL bądź zniesienie pewnych kar wpływa negatywnie na sytuację OA i ich abonentów.
- Brak analizy wskazującej na przeprowadzenie przez Prezesa UKE badania wysokości zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonania umów zawartych na podstawie Oferty SOR i relacji tej wartości do wysokości kar umownych w Ofercie SOR oraz brak oceny poziomu oferowanych przez OPL usług.
- Uzasadnienie decyzji powinno zostać uzupełnione o wyjaśnienia oraz analizy pokazujące w jaki sposób zmiana wysokości kar umownych wpływnie na rynek telekomunikacyjny, w szczególności jak zmiana wysokości kar umownych wpłynie na poprawę interesu użytkowników końcowych oraz w jaki sposób zmiana sposobu przyznawania kar umownych odpowiada potrzebom rynku.
- Brak odniesienia do wartości wskaźników KPI³⁴ powoduje, że nie wiadomo, co Prezes UKE miał na myśli pisząc, że usługi na rzecz OA świadczone są na „poprawnym poziomie”.
- Oparcie uzasadnienia o zmianie bądź zniesieniu kar umownych na wartościach wskaźników KPI, które potwierdzać miałyby wysoką jakość oferowanych przez OPL usług na rzecz OA, nie odpowiada potrzebie rozwoju równoprawnej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz potrzebie dotyczącej zapewnienia skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej.
- Utrzymanie kar na wyższym poziomie będzie stanowiło dla OA zabezpieczenie na wypadek obniżenia jakości przez OPL.

Pismem z dnia 15 lipca 2019 r. KIGEiT złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne KIGEiT”). W Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT podniosła, iż:

- Tempo prac nad decyzją wiąże się z brakiem analizy materiału dowodowego oraz istnieje ryzyko uchylecia Decyzji Zobowiązującej, z uwagi na pominięcie postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego.
- Z uwagi na włączenie do akt postępowania Raportów kwartalnych NSKPI za okres od początku 2015 r. do końca 2018 r. niezrozumiałe jest twierdzenie Prezesa UKE wskazujące, iż poprawa jakości i terminowości usług regulowanych świadczonych przez OPL (w porównaniu z 2010 r.) uzasadnia modyfikację poziomu kar umownych.
- Brak szczegółowej analizy wskaźników KPI.
- Kluczowym wskaźnikiem jest UG4³⁵ wskazujący na względny czas usuwania awarii (uśredniony wskaźnik dla lat 2016-2018 wynosi blisko 20% więcej niż dla okresu od października 2012 r. do końca 2015 r.). Zdaniem KIGEiT szokujące są dane za rok 2018, kiedy to uśredniony wskaźnik UG4 wyniósł 172,91%, a w ostatnim półroczu 2018 r. – 196,17% (w ostatnim kwartale ponad 222%).
- Rzekoma zmiana podejścia OPL i wspomnianej rozwój konkurencji nie przemawiają za redukcją bodźców służących należytemu wykonaniu zobowiązań OPL.
- Potencjalna możliwość wykorzystania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych (dalej „PT”) kar umownych jako dodatkowego źródła

³⁴ ang. Key Performance Indicators

³⁵ względny czas naprawy zwykłych awarii usług głosowych

dochodu pozostaje nieudokumentowaną spekulacją, która nie odpowiada potrzebom czy problemom rynkowym wskazanym w jakiegokolwiek decyzji SMP.

- Brak uzasadnienia przemawiającego za wykreśleniem kary umownej za przekroczenie terminu wdrożenia usługi regulowanej.
- Brak przesłanek nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2019 r. OPL złożyła dodatkowe stanowisko w sprawie (dalej „Stanowisko OPL”), w którym odniosła się do argumentacji zawartej w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT oraz Stanowisku konsultacyjnym Netii.

W dniu 30 sierpnia 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.8.2017.159³⁶, w której utrzymał w całości w mocy decyzję nr DHRT.WORK.6082.8.2017.85.

Pismem z dnia 13 września 2019 r., Prezes UKE zawiadomił strony o włączeniu do materiału dowodowego w sprawie kopii następujących dokumentów:

- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2012 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2019 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2019 r.

W dniach 17 września 2019 r. – 17 października 2019 r. Prezes UKE, na podstawie art. 18 Pt przeprowadził postępowanie konsolidacyjne projektu decyzji rozstrzygającej sprawę z Wniosku.

W dniu 20 września 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.9.2017.110³⁷, w której utrzymał w całości w mocy decyzję nr DHRT.WORK.6082.9.2017.68.

W dniu 1 października 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję utrzymującą w mocy Decyzję Zobowiązującą³⁸.

Pismem z dnia 9 października 2019 r. KIGEiT złożyła dodatkowe stanowisko w sprawie (dalej „Stanowisko KIGEiT”) stanowiące uzupełnienie argumentacji KIGEiT dotyczącej braku walorów dowodowych Raportów NSKPI.

Pismem z dnia 15 października 2019 r. KIGEiT przedstawiła dodatkowe stanowisko w sprawie wraz z wnioskiem dowodowym (dalej „Wniosek KIGEiT I”).

³⁶ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zmiana-oferty-sor,33.html>

³⁷ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zmiana-oferty-sor,34.html>

³⁸ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zobowiazanie-do-zmiany-oferty-sor,36.html>

Pismem z dnia 16 października 2019 r. Komisja Europejska (dalej „KE”) na podstawie art. 7 ust. 3 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej przedstawiła decyzję odnośnie konsolidowanego projektu decyzji. KE nie zgłosiła żadnych uwag do projektu decyzji.

Pismem z dnia 16 października 2019 r. Prezes UKE poinformował podmioty biorące udział w postępowaniu o przysługującym im na podstawie art. 10 § 1 kpa prawie do zapoznania się z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, a także do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Jednocześnie na podstawie art. 79a kpa Prezes UKE poinformował OPL, że na dzień wysłania informacji nie istnieją żadne przesłanki zależne od OPL, które nie zostały wykazane przez OPL.

Pismem z dnia 18 października 2019 r. KIGEiT przedstawiła dodatkowe stanowisko w sprawie wraz z wnioskiem dowodowym (dalej „Wniosek KIGEiT II”).

Pismem z dnia 21 października 2019 r. KIGEiT przedstawiła dodatkowe stanowisko w sprawie wraz z wnioskiem dowodowym (dalej „Wniosek KIGEiT III”).

W dniu 22 października 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DR.SMP.6040.1.2019.74³⁹ (dalej „Decyzja SMP 3a”), w której określił rynek właściwy jako hurtowy rynek usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji, na obszarze całego kraju, z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w załączniku nr 1 (dalej „Rynek 3a”) oraz nałożył, w części zmienił i w części utrzymał obowiązki regulacyjne określone w Decyzji SMP 4.

W dniu 22 października 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DR.SMP.6040.2.2019.90⁴⁰ (dalej „Decyzja SMP 3b”), w której określił rynek właściwy jako hurtowy rynek usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego, na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w załączniku 1 (dalej „Rynek 3b”) oraz nałożył, w części zmienił i w części utrzymał obowiązki regulacyjne określone w Decyzji SMP 5.

Pismem z dnia 24 października 2019 r. KIGEiT wniosła o przeprowadzenie mediacji (dalej „Wniosek KIGEiT o mediację”).

Pismem z dnia 31 października 2019 r. OPL odniosła się do Wniosku KIGEiT o mediację wskazując, iż nie widzi zasadności prowadzenia mediacji w przedmiotowej sprawie, a tym samym nie wyraża zgody na jej przeprowadzenie.

Postanowieniem z dnia 19 listopada 2019 r. Prezes UKE odmówił przeprowadzenia dowodów (dalej „Postanowienie o odmowie przeprowadzenia dowodów”).

Postanowieniem z dnia 19 listopada 2019 r. Prezes UKE odmówił przeprowadzenia mediacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE zważył co następuje:

Na podstawie art. 206 ust. 1 Pt postępowanie przed Prezesem UKE prowadzone jest według przepisów kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2062, ze zm.).

³⁹ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/regulacje-dotyczace-ryнку-3a-i-3b-dla-orange-polska,3.html>

⁴⁰ <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/regulacje-dotyczace-ryнку-3a-i-3b-dla-orange-polska,3.html>

Zgodnie z art. 43 ust. 1 Pt, Prezes UKE zatwierdza projekt oferty ramowej, jeżeli odpowiada on przepisom prawa i potrzebom rynku wskazanym w decyzji nakładającej obowiązek przedłożenia oferty ramowej albo zmienia przedłożony projekt oferty ramowej i go zatwierdza, a w przypadku nieprzedstawienia oferty ramowej w terminie – samodzielnie ustala ofertę ramową.

Powyższy przepis prawa reguluje procedurę zatwierdzania projektu oferty ramowej, do przedstawienia którego na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej został nałożony obowiązek regulacyjny na podstawie art. 42 ust. 1 Pt.

Na podstawie art. 43 ust. 1 Pt, Prezes UKE jest uprawniony do:

1. zatwierdzenia projektu oferty ramowej, jeżeli odpowiada on przepisom prawa i potrzebom rynku wskazanym w decyzji nakładającej obowiązek przedłożenia oferty ramowej, albo
2. w przypadku gdy projekt oferty ramowej nie odpowiada przepisom prawa lub potrzebom rynku wskazanym w decyzji nakładającej obowiązek przedłożenia oferty ramowej, zmiany w odpowiednim zakresie projektu oferty ramowej i zatwierdzenia go w zmienionym brzmieniu.

Prezes UKE, po przeanalizowaniu Projektu OPL zgodnie z przesłankami omówionymi szczegółowo poniżej, może zatem go zatwierdzić lub zmienić przedłożony projekt i go zatwierdzić, tak aby uczynić zadość wymaganiom wskazanym w art. 43 ust. 1 Pt.

Prezes UKE, rozpatrując sprawę, kierował się dwiema przesłankami, określonymi w art. 43 ust. 1 Pt w ten sposób, że dokonał oceny zgodności przedłożonego przez OPL Projektu OPL z obowiązującymi przepisami prawa, w tym z przepisami prawa zawartymi w Pt oraz z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 138, poz. 866, dalej „Rozporządzenie OR”).

W tym zakresie Prezes UKE przede wszystkim dokonał wnikliwej i wszechstronnej analizy normy art. 1 ust. 2 Pt (cele Pt), art. 42 Pt oraz art. 189 Pt (cele polityki regulacyjnej Prezesa UKE). Ponadto, Prezes UKE dokonał analizy w zakresie zgodności Projektu OPL z potrzebami rynku wskazanymi w decyzji nakładającej obowiązek przedstawienia oferty ramowej (tj. wskazanymi w Decyzji Zobowiązującej oraz Decyzji SMP 2, 3, 3a i 3b).

W związku z wydaniem Decyzji deregulacyjnej Rynek 2, Prezes UKE wyznaczył termin uchylecia obowiązków dla hurtowego rynku rozpoczynania połączeń na okres 2 lat od dnia doręczenia decyzji OPL. W konsekwencji, we wskazanym powyżej okresie nadal obowiązuje OPL Decyzja SMP 2. Dlatego też w dalszej części uzasadnienia rozstrzygnięcia w sprawie z Wniosku Prezes UKE uwzględniał treść Decyzji SMP 2. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż w związku z wydaniem Decyzji SMP 3a i Decyzji SMP 3b w niniejszej decyzji (dalej „Decyzji”) konieczne było uwzględnienie potrzeb rynkowych określonych w tych decyzjach. Potrzeby rynku określone w Decyzjach SMP 3a i 3b pokrywają się z potrzebami określonymi w Decyzjach SMP 4 i 5.

Odnosząc się do rozważań w przedmiocie pierwszej z przesłanek, zawartych w normie art. 43 ust. 1 Pt, tj. do przesłanki zgodności z przepisami prawa, Prezes UKE wskazuje, że winien w swym działaniu uwzględnić cele Pt (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego [dalej „WSA”] w Warszawie z dnia 12 marca 2007 r. sygn. VI SA/Wa 2190/06, LEX nr 318301). Analizując cele Pt, zawarte w art. 1 ust. 2 Pt, Prezes UKE wziął

pod uwagę w szczególności art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt, który stanowi iż celem ustawy jest stworzenie warunków dla wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Dlatego też, rozstrzygając sprawę, Prezes UKE zwrócił uwagę czy postanowienia Projektu OPL pozwolą na dalszy rozwój konkurencji, w szczególności czy umożliwiają tworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej w stosunku do oferty OPL. W konsekwencji Prezes UKE ustalił, że w omawianym zakresie Projekt OPL odpowiadał celom Pt.

Natomiast w ramach drugiej z przesłanek określonych w art. 43 ust. 1 Pt, Prezes UKE dokonał pełnej i całościowej analizy oraz oceny zgodności Projektu OPL z potrzebami rynku wskazanymi w Decyzji SMP 2, Decyzji SMP 3, Decyzji SMP 3a i Decyzji SMP 3b oraz wytycznymi opisanymi w Decyzji Zobowiązującej.

Należy bowiem zauważyć, iż przepisy prawa określają jedynie ogólne ramy i zakres oferty ramowej, nie precyzując szczegółowych rozwiązań. Taki mechanizm podyktowany jest szybko zmieniającymi się potrzebami rynku. Postęp technologiczny w dziedzinie telekomunikacji przebiega bardzo dynamicznie i regulacja pewnych zagadnień w formie przepisów prawa powodowałaby ograniczanie rozwoju rynku telekomunikacyjnego. Dlatego też zasadnicze znaczenie ma badanie zgodności Projektu OPL z potrzebami rynku. W tym zakresie konieczne jest odniesienie się do zjawisk występujących na rynku telekomunikacyjnym oraz sygnałów z rynku wskazujących na ograniczanie konkurencji przez OPL. Prezes UKE, analizując Projekt OPL, szczegółowo badał, czy poszczególne rozwiązania zaproponowane przez OPL odpowiadają potrzebom rynku telekomunikacyjnego.

Prezes UKE w szczególności zwraca uwagę, na wskazane w Decyzji Zobowiązującej przesłanki zmiany zapotrzebowania na usługi, skutek wystąpienia których, OPL została zobowiązana do zmiany postanowień Oferty SOR w zakresie zapisów dotyczących kar umownych oraz bonifikat.

Prezes UKE wskazuje, że kwestia kar umownych i bonifikat była już przedmiotem postępowania zakończonego wydaniem decyzji zmieniających Ofertę SOR. Decyzja Kary i Bonifikaty I oraz Decyzja Kary i Bonifikaty II wprowadzały zmiany w Części 1 Ogólnej Oferty SOR Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 i ppkt 1.9.4. Obie decyzje zostały uchylone Wyrokiem NSA. NSA w wyroku z dnia 29 stycznia 2019, sygn. akt II GSK 5014/16, podkreślił, że *„treść art. 43 ust. 2 p.t. jest jednoznaczna. Zmiana oferty ramowej może być dokonana z urzędu lub na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Wniosek o zmianę oferty ramowej może złożyć każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, a więc także operator czy przedsiębiorca wyznaczony. Wskazany przepis nie różnicuje zakresu obowiązków operatora i innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w zakresie wszczęcia postępowania. Zatem przyjąć należy, że zmiana oferty ramowej jest możliwa po wcześniejszym złożeniu uzasadnionego wniosku i zobowiązaniu operatora do przygotowania zmiany oraz wskazania terminu dla dopełnienia tych obowiązków. Dopiero dopełnienie tych warunków umożliwia zmianę oferty ramowej. (...) Przyjęcie innego rozumienia treści art. 43 ust. 2 p.t. i ukształtowanie struktury postępowania, w sposób przyjęty jak w rozpoznawanej sprawie, narusza prawo zarówno w zakresie jego językowego, jak i celowościowego ujęcia. Z językowego punktu widzenia nie ma żadnych powodów do rozróżnienia sytuacji prawnej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i operatora, a w celowościowym ujęciu do przyznania operatorowi uprawnień do wszczęcia postępowania poza regulacyjnym działaniem Prezesa UKE.”* Tym samym

należy zgodzić się ze stanowiskiem OPL przedstawionym we Wniosku, iż podstawą uchylecia decyzji nie było stwierdzenie przez NSA, iż wysokość kar umownych oraz bonifikat określonych w ww. decyzjach nie odpowiada potrzebom rynkowym, czy jest sprzeczna z przepisami prawa, a błędy formalne w postaci pominięcia postępowania w sprawie zobowiązania OPL do zmiany oferty ramowej, o którym mowa w art. 43 ust. 2 Pt. W Projekcie OPL wniosła o wprowadzenie do Oferty SOR analogicznych zapisów jak w Decyzji Kary i Bonifikaty I oraz w Decyzji Kary i Bonifikaty II. Dodatkowo w Stanowisku OPL wskazała, że przedmiotowe decyzje przeszły pozytywną weryfikację merytoryczną WSA w wyroku z dnia 23 maja 2016 r., sygn. VI SA/Wa 1812/15.

Odnosząc się do Stanowiska konsultacyjnego Netii, w którym wskazano, iż nie można zgodzić się z wnioskiem Prezesa UKE, iż przyjęta w Decyzji Kary i Bonifikaty I i II wartość kar umownych jest prawidłowa, a powodem uchylecia ww. decyzji były błędy proceduralne, a nie merytoryczne, Prezes UKE wskazuje, iż analiza jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL (o której szerzej w dalszej części uzasadnienia) potwierdza, iż rozwiązanie przyjęte w Decyzji Kary i Bonifikaty I i II było prawidłowe. W okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II nie doszło do obniżenia jakości świadczonych przez OPL usług, a tym samym kary zachowały swój represyjny charakter (co potwierdzają wartości wskaźników KPI).

Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż w Decyzji przeanalizował m.in. Raporty kwartalne NSKPI za okres od października 2012 r. do czerwca 2019 r., co pozwoliło na potwierdzenie, że wskaźniki KPI osiągają wartości referencyjne świadczące o poprawie jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL (co było szczególnie widoczne w okresie następującym po wydaniu Decyzji Kary i Bonifikaty I i II). Tym samym za niezasadne należy uznać stwierdzenie ze Stanowiska konsultacyjnego Netii wskazujące, iż Prezes UKE przyjął za aktualne ustalenia oparte o dane z lat 2013 i 2014, nie badając czy od czasu wydania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II nastąpiły jakiegokolwiek zmiany, jakie mają wpływ na stan faktyczny w obecnie toczącym się postępowaniu. Prezes UKE wskazuje również, że pismami z dnia 14 czerwca 2019 r. oraz z dnia 13 września 2019 r. włączył do akt postępowania Raporty NSKPI za okres od października 2012 r. do czerwca 2019 r., na których oparł analizę wskaźników KPI.

Prezes UKE podkreśla, że w niniejszym postępowaniu rozważył czy spełnione zostały przesłanki określone w art. 43 ust. 1 Pt uzasadniające zatwierdzenie Projektu OPL w brzmieniu określonym w Decyzji. Jednocześnie w Decyzji Prezes UKE wziął po uwagę również fakt, że w wyniku obniżenia wysokości kar Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II (uchylonych Wyrokiem NSA) nie doszło do obniżenia jakości i terminowości świadczenia usług hurtowych przez OPL. Tym samym należy uznać, iż wprowadzony model zapewniał skuteczną i efektywną współpracę międzyoperatorską.

Zgodność z przepisami prawa

Odnosząc się do rozważań w przedmiocie pierwszej z przesłanek, zawartej w normie art. 43 ust. 1 Pt, tj. do przesłanki zgodności Projektu OPL z przepisami prawa, Prezes UKE wskazuje, że w pierwszej kolejności powinien uwzględnić przepisy ustanawiające cele Pt, zgodnie z art. 1 ust. 2 Pt. W odniesieniu zatem do celów Pt, wskazanych przez ustawodawcę w art. 1 ust. 2 Pt, należy w pierwszym rzędzie wskazać na stanowisko doktryny, zgodnie z którym: „Postanowienia te określają stany lub wartości będące uzasadnieniem dla norm zawartych w ustawie oraz ukierunkowują działania wykonawcze

podejmowane na podstawie ustawy. Omawiane postanowienia nie stanowią samoistnej podstawy do działania administracji telekomunikacyjnej, natomiast powinny być uwzględniane przy wszelkiej działalności wykonawczej. Cel ustawy jest bowiem realizowany zarówno w sposób bezpośredni, poprzez przestrzeganie praw i obowiązków ustanowionych w ustawie, jak i poprzez stosowanie ustawy w działaniach administracji telekomunikacyjnej. Przepisy o celach ustawy powinny być interpretowane z uwzględnieniem celów polityki regulacyjnej prowadzonej przez organy administracji telekomunikacyjnej określonych w art. 189 ust. 2 Pt. Zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z 12.3.2007 r. (VI SA/Wa 2190/06, www.uke.gov.pl) „organ regulacyjny, jakim jest Prezes UKE, winien jest w swoim działaniu uwzględnić cele Prawa telekomunikacyjnego” (S. Piątek, Komentarz do ustawy Prawo telekomunikacyjne, C.H. Beck, Warszawa 2013 r., s. 12). W świetle powyższego, rozstrzygając sprawę, Prezes UKE zwrócił uwagę, aby postanowienia Decyzji, umożliwiały PT tworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej w stosunku do oferty detalicznej OPL.

Analizując cele Pt, należy wskazać, iż art. 1 ust. 2 Pt określa cele ustawy, jakimi są stworzenie warunków dla:

- 1) wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- 2) rozwoju i wykorzystania nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej;
- 3) zapewnienia ładu w gospodarce numeracją, częstotliwościami oraz zasobami orbitalnymi;
- 4) zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych;
- 5) zapewnienia neutralności technologicznej;
- 6) zapewniania użytkownikom końcowym będącym osobami niepełnosprawnymi dostępu do usług telekomunikacyjnych równoważnego poziomowi dostępu, z jakiego korzystają inni użytkownicy końcowi.

Rozpatrując sprawę Prezes UKE wziął pod uwagę w szczególności art. 1 ust. 2 pkt 1, pkt 2 i pkt 4 Pt, który stanowi, iż celem ustawy jest wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, rozwój i wykorzystanie nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej oraz zapewnianie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych.

Prezes UKE wskazuje, że Projekt OPL, w zakresie zmiany zapisów dotyczących kar umownych i bonifikat, zmierzający w kierunku m.in. obniżenia kar umownych sprzyja zwiększeniu efektywności i konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym. W ocenie Prezesa UKE poprawa jakości i terminowości usług regulowanych świadczonych przez OPL (w porównaniu z 2010 r.) uzasadnia modyfikację poziomu kar umownych czy to poprzez obniżenie poziomu niektórych kar czy też wykreślenie niektórych kar. Odnosząc się do wątpliwości dotyczących powyższego, prezentowanych w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT, Prezes UKE wskazuje, iż powyżej odniósł się do 2010 r., ponieważ wtedy wydana została decyzja z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10(109) zatwierdzająca Ofertę SOR, w której określono obecnie obowiązujący reżim kar umownych. Wprowadzając Ofertę SOR Prezes UKE opierał się na ówczesnej sytuacji

rynkowej, w której OPL posiadała bardzo silną pozycję rynkową w sektorze telekomunikacyjnym. Prezes UKE zidentyfikował w tamtym okresie szereg problemów w rozwoju konkurencji, do których należało m.in. utrudnianie OA dostępu do sieci TP (w tym m.in. utrudnienia w zakresie odmowy połączenia sieci, przedłużania negocjacji w przedmiocie połączenia sieci czy też w zakresie usług szerokopasmowej transmisji danych, gdzie OA proponowane były przez OPL niekorzystne warunki dostępu). Od 2010 r. zmiana uległa nie tylko pozycja rynkowa OPL, ale również sposób udostępniania OA usług hurtowych. W opinii Prezesa UKE regulując rynek telekomunikacyjny Prezes UKE musi dążyć nie tylko do promowania możliwości konkurowania OA z operatorem zasiedziałym, ale również musi zapewnić operatorowi zasiedziałemu możliwość konkurowania z OA. Utrzymywanie kar na zbyt wysokim poziomie mogłoby prowadzić do naruszenia konkurencji na rynku. Zdaniem Prezesa UKE wysokość kar umownych powinna odpowiadać wysokości zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonywania umów zawartych na podstawie Oferty SOR, jednocześnie stanowiąc dla OPL obciążenie adekwatne do poziomu oferowanych przez OPL usług oraz poziomu konkurencji na rynku. Tym samym, Projekt OPL, w ocenie Prezesa UKE realizuje cele Pt zmierzające do zapewnienia skutecznej i równoprawnej konkurencji. Odnosząc się do Stanowiska konsultacyjnego Netii, zgodnie z którym Prezes UKE nie wyjaśnił co rozumie przez wysokości zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonania umów zawartych na podstawie Oferty SOR i relacji tej wartości do wysokości kar umownych w Ofercie SOR, Prezes UKE wskazuje, że analizując okoliczności przedmiotowej sprawy w głównej mierze opierał się na wskaźnikach KPI raportowanych cyklicznie przez OPL, badając jednocześnie czy w okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II wystąpił spadek jakości usług OPL. Analizując Raporty kwartalne NSKPI za okres od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. należy stwierdzić, że nie doszło do pogorszenia jakości usług oferowanych przez OPL. Tym samym należy stwierdzić, iż model stosowania niższych kar umownych przyniósł nie mniej pozytywne efekty, niż model wyższych kar umownych. Wobec powyższego należy uznać, iż wprowadzone rozwiązanie gwarantuje w obecnej sytuacji rynkowej prawidłowe zabezpieczenie umów ze strony OPL. Prezes UKE podkreśla, że kary umowne ustalone w wysokości wykraczającej poza to, co jest konieczne do zabezpieczenia prawidłowego wykonywania umów zawartych na podstawie Oferty SOR, z jednej strony stanowiłyby nieuzasadniony transfer finansowy pomiędzy OPL i OA z uwagi na nadmierne obciążenie finansowe utrudniające podjęcie inwestycji przez OPL, a z drugiej pozwalałyby OA na uzyskanie środków, których operatorzy ci nie uzyskaliby, gdyby kary umowne określone w Ofercie SOR, były w wysokości odpowiadającej warunkom rynkowym.

Ponadto, Prezes UKE wskazuje, że zatwierdzenie zmiany Oferty SOR zgodnie z Projektem OPL, umożliwi OA dochodzenie swoich roszczeń w przypadku problemów z realizacją zapisów umowy zawartej z OPL, a jednocześnie pozostawia OPL przestrzeń do inwestycji infrastrukturalnych. Odnosząc się do Wniosku KIGEiT I, w którym KIGEiT wskazała, iż „uzasadnieniem dla zmian w ofercie ramowej ma być m.in. możliwość wykorzystania przez OPL tych środków, które obecnie są przeznaczone na wypłatę wygórowanych, zdaniem Prezesa UKE, kar umownych, na inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną” Prezes UKE wskazuje, że uzasadnieniem dla wprowadzenia zmian zgodnych z Projektem OPL jest ich zgodność z przesłankami określonymi w art. 43 ust. 1 Pt oraz zmiany na rynku telekomunikacyjnym opisane w Decyzji Zobowiązującej. Prezes UKE wskazuje dodatkowo, że postanowienia Oferty SOR w zakresie kar umownych i bonifikat nie mogą przyczyniać się do ograniczania konkurencji. Rozwijając powyższe Prezes UKE podkreśla, że z uwagi

na poprawę jakości i terminowości świadczenia usług przez OPL brak jest uzasadnienia do stosowania kar umownych w nieproporcjonalnej i wygórowanej wysokości. Takie rozwiązanie stanowiłoby nieuzasadniony transfer finansowy pomiędzy OPL, a OA, który z jednej strony, poprzez nadmierne (nieuzasadnione warunkami rynkowymi) obciążenie finansowe, utrudnia podjęcie inwestycji OPL, a z drugiej strony pozwalałby OA na pozyskiwanie środków, których operatorzy ci nie zyskaliby, gdyby kary umowne w Ofercie SOR były w wysokości odpowiadającej warunkom rynkowym. W konsekwencji zatwierdzenie zmiany Oferty SOR zgodnie z Projektem OPL sprzyja zarówno rozwojowi konkurencji, jak i rozwojowi nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Kierując się przesłanką zgodności oferty ramowej z przepisami prawa, Prezes UKE wziął pod uwagę również cele polityki regulacyjnej określone w art. 189 ust. 2 Pt. Wskazać należy, że zgodnie z poglądem doktryny „*są one elementem wspomagającym wykładnię wszystkich przepisów ustawowych*”, a „*cele sformułowane w art. 189 ust. 2 Pt powinny być materialno prawną podstawą wszelkich decyzji regulacyjnych, rozstrzygających spory między przedsiębiorcami (...) podejmowanych przez Prezesa UKE*” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2019 r., wyd. 4, przypis 11, Legalis). Prezes UKE, przy wydawaniu Decyzji, wziął pod uwagę przede wszystkim cel polityki regulacyjnej w postaci zapobiegania zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym (art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b Pt) oraz równe traktowanie przedsiębiorców (art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c Pt). Osiągnięcie tych celów, w opinii Prezesa UKE, stało się możliwe dzięki zatwierdzeniu Projektu OPL, zgodnie z którym zmodyfikowane zostały zapisy dotyczące kar umownych oraz bonifikat. Rozwiązanie eliminujące ograniczenia konkurencji pozwoli na zapewnienie użytkownikom końcowym osiągnięcia maksymalnych korzyści w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług. Z uwagi na powyższe Prezes UKE zdecydował o zatwierdzeniu Projektu OPL, w tym m.in. o wykluczeniu z Oferty SOR możliwości nakładania na OPL podwójnych kar umownych z tytułu jednego zdarzenia czy wprowadzenie ograniczenia wysokości kary umownej z tytułu jednego zdarzenia. Zastosowane rozwiązanie pozwoli na wyeliminowanie zbyt wygórowanych kar umownych (w odniesieniu do jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL), które mogą prowadzić do naruszenia konkurencji na rynku.

W nawiązaniu do powyższego w Stanowisku konsultacyjnym Netia wniosła o uzupełnienie uzasadnienia Decyzji o dokumenty potwierdzające przeprowadzenie dowodu polegającego na przeanalizowaniu wysokości sumy kar umownych naliczonych przez OA względem OPL w ciągu ostatnich 10 lat oraz zestawienia ich wartości z sumą przychodów pochodzących ze sprzedaży usług hurtowych OPL w analogicznym okresie czasu. Zdaniem Netii taka analiza pozwoliłaby na ocenę, czy prawdziwe jest stwierdzenie Prezesa UKE wskazujące, że wyeliminowanie postanowień o możliwości nakładania na OPL podwójnych kar umownych z tytułu jednego zdarzenia pozwoli na wyeliminowanie zbyt wygórowanych kar umownych (w odniesieniu do jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL), które mogą prowadzić do naruszenia konkurencji na rynku. Nawiązując do powyższego Prezes UKE wskazuje, że kwestia wysokości roszczeń OA kierowanych do OPL oraz ich związku z postanowieniami Oferty SOR, pozostaje bez związku z przedmiotem niniejszego postępowania i nie jest związana z przesłankami wskazanymi w art. 43 ust. 1 Pt. Wnioskowany przez Netię dowód nie pozwala dowiedzieć, czy w sprawie zachodzi zasadność zmiany lub utrzymania obecnie obowiązującej

wysokości kar umownych. Wnioskowany dowód nie odnosi się ani do przedmiotu postępowania ani do przepisów prawa czy potrzeb rynkowych, które determinują kształt możliwego do podjęcia w niniejszej sprawie rozstrzygnięcia. Okoliczność na jaką miałby zostać przeprowadzony dowód nie ma znaczenia z punktu widzenia przedmiotu postępowania.

Rozstrzygając w sprawie, Prezes UKE wziął również pod uwagę art. 42 ust. 2 Pt wskazujący, że oferta ramowa o dostępie telekomunikacyjnym powinna określać warunki i zasady współpracy z operatorem, o którym mowa w ust. 1 tego artykułu (tj. z operatorem o znaczącej pozycji rynkowej, na którego został nałożony obowiązek równego traktowania zgodnie z art. 36 Pt, lub wraz z tym obowiązkiem, obowiązek przygotowania i przedstawienia w określonym terminie projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym) oraz opłaty za usługi w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Po przeprowadzeniu analizy formalnej Projektu OPL pod kątem zgodności z ww. przepisami, Prezes UKE uznał, iż przedstawiony przez OPL projekt zmiany Oferty SOR jest z nimi zgodny.

Analizując zgodność Projektu OPL w zakresie zmiany Oferty SOR w przedmiocie modyfikacji zapisów dotyczących kar umownych oraz bonifikat z Rozporządzeniem OR, Prezes UKE miał na uwadze w szczególności Załącznik nr 1 do Rozporządzenia OR zatytułowany: „Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączeń sieci” oraz Załącznik nr 3 „Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie zapewnienia dostępu do lokalnej pętli abonenckiej, dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej” Badając dyspozycję przepisów Rozporządzenia OR, Prezes UKE stwierdził, iż Projekt OPL odpowiadał przepisom tego aktu prawnego. Zgodnie z istotą Rozporządzenia OR, Projekt OPL zawierał jednoznaczne wskazanie wysokości kar umownych oraz bonifikat związanych z niewywiązywaniem się z warunków określonych w umowie oraz zdarzeń, z którymi wiążą się kary umowne i bonifikaty.

Analogiczne wnioski należy wysnuć z analizy zgodności Projektu OPL z Decyzją Zobowiązującą. Nie ulega wątpliwości, że propozycja OPL zmierzając do obniżenia wysokości kar umownych odpowiada wytycznym Decyzji Zobowiązującej dotyczącym przedstawienia zmiany Oferty SOR dotyczącej modyfikacji zapisów dotyczących kar umownych oraz bonifikat.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE wskazuje, że Projekt OPL odpowiada wymaganiom opisanym we wskazanych powyżej postanowieniach Pt oraz Rozporządzenia OR. Projekt OPL odpowiada przesłankom opisanym w art. 42 ust. 1 Pt, zwłaszcza w zakresie zachowania zasady niedyskryminacji i zapewnienia konkurencyjności rynku telekomunikacyjnego.

Potrzeby rynku

W ramach drugiej z przesłanek określonych w art. 43 ust. 1 Pt – tj. zgodności oferty ramowej z potrzebami rynku, Prezes UKE dokonał pełnej i całościowej analizy oraz oceny zgodności Projektu OPL z potrzebami rynku, wskazanymi w Decyzji SMP 2, Decyzji SMP 3, Decyzji SMP 3a oraz w Decyzji SMP 3b.

Wymienione wyżej decyzje nałożyły na OPL obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pt tj.: obowiązek przygotowania i przedstawienia projektu oferty ramowej, a co za tym idzie przedmiotowa analiza odpowiadała dyspozycji art. 43 ust. 1 Pt, zgodnie z którą Prezes UKE bada zgodność projektu oferty ramowej z potrzebami rynku wskazanymi w decyzji nakładającej obowiązek przedłożenia oferty ramowej. W tym miejscu należy również podkreślić, że powyższa analiza została dokonana w zgodzie z wytycznymi zawartymi w Decyzji Zobowiązującej, która była podstawą do przedstawienia przez OPL projektu zmiany Oferty SOR w omawianym zakresie. W dziedzinie telekomunikacji regulacja pewnych zagadnień tylko w formie przepisów prawa jest niewystarczająca i wymaga ona również podejmowania działań ze strony regulatora opartych na aktualnych potrzebach rynku. Dlatego też, zasadnicze znaczenie ma badanie zgodności oferty ramowej z potrzebami rynku wskazanymi w decyzji nakładającej obowiązek przedłożenia oferty ramowej (tu: Decyzji SMP 2, Decyzji SMP 3, Decyzji SMP 3a, Decyzji SMP 3b i w Decyzji Zobowiązującej).

W tym zakresie konieczne jest odniesienie się do zjawisk występujących na rynku telekomunikacyjnym oraz sygnałów z rynku wskazujących, że do potrzeb rynku wynikających z Decyzji SMP 2, Decyzji SMP 3, Decyzji SMP 3a i Decyzji SMP 3b należy zaliczyć przede wszystkim konieczność zapewnienia:

- rozwoju równoprawnej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz równoprawne (niedyskryminacyjne) traktowanie PT przez OPL,
- jasnych i precyzyjnych zasad współpracy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi,
- skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej,
- zapobiegania zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym,
- zapobiegania nierównemu i dyskryminującemu traktowaniu PT, którym OPL świadczy lub będzie świadczyć usługi dostępu telekomunikacyjnego,
- sprawnej i efektywnej procedury komunikacji międzyoperatorskiej przy uwzględnieniu kwestii kosztów związanych z uruchomieniem, zarządzaniem i utrzymaniem platformy komunikacyjnej,
- maksymalnych korzyści abonentom,
- rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej oraz promocji nowoczesnych usług telekomunikacyjnych,
- promocji technologii innowacyjnych,
- wsparcia rozwoju rynku wewnętrznego.

Ponadto, uwzględniając w toku postępowania ustalenia dokonane w Decyzji Zobowiązującej należy wskazać, że od 2010 r. nastąpiła zmiana zapotrzebowania na usługi i zmiana warunków rynkowych uzasadniająca wprowadzenie zmian w zakresie kar umownych oraz bonifikat. Wydając decyzję z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10(109) zatwierdzającą Ofertę SOR, Prezes UKE opierał się na ówczesnej sytuacji rynkowej, w której OPL nie tylko posiadała bardzo silną pozycję rynkową w sektorze telekomunikacyjnym, ale również utrudniała OA dostęp do swojej sieci, co wiązało się z problemami w rozwoju konkurencji. Tym samym system kar i bonifikat był represyjny

w stosunku do OPL i miał zniechęcać OPL do podejmowania działań ukierunkowanych na ograniczenie konkurencji. W Decyzji Zobowiązującej Prezes UKE stwierdził, że od czasu zatwierdzenia Oferty SOR zmianie ulegała pozycja rynkowa OPL oraz sposób udostępniania OA usług hurtowych. Dodatkowo wskazano, iż o ile OPL nadal zajmuje pozycję dominującą na większości rynków hurtowych i pozostaje przedsiębiorcą zobowiązanym, to nie jest to pozycja tak silna jak w 2010 r.

Zdaniem Prezesa UKE interpretacja potrzeb rynkowych musi być związana z warunkami występującymi aktualnie na rynku telekomunikacyjnym. Tym samym zmieniający się poziom jakości i terminowości w świadczeniu usług przez OPL ma wpływ na aktualne postrzeganie potrzeb rynkowych. Prezes UKE wskazuje, że zasadne jest dokonanie weryfikacji poziomu jakości i terminowości usług OPL w oparciu o wskaźniki KPI.

Prezes UKE wskazuje, że system wskaźników KPI jest wynikiem podpisanego dnia 22 października 2009 r.⁴¹ porozumienia pomiędzy TP (obecnie: OPL) a Prezesem UKE (dalej „Porozumienie”). Porozumienie stanowiło zobowiązanie operatora zasiedziatego do podjęcia szeregu działań mających na celu poprawę współpracy pomiędzy TP a OA, zapewnienie stabilnych i przewidywalnych warunków funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego w Polsce, a także podjęcie inwestycji w nowoczesną infrastrukturę telekomunikacyjną. Na potrzeby mierzenia poziomu obsługi OA przez TP oraz realizacji zasad niedyskryminacji został opracowany system KPI, który działał od początku trwania Porozumienia. W wyniku dynamicznych zmian na rynku telekomunikacyjnym konieczna była zmiana metodologii zbierania danych, czego wynikiem było przygotowanie NSKPI. Prezes UKE wskazuje, że wyniki dla poszczególnych wskaźników raportowanych w ramach NSKPI są przekazywane w cyklach kwartalnych (Prezesowi UKE) oraz w cyklach miesięcznych (raporty dla poszczególnych OA są dostępne na platformie ISI⁴² i dotyczą usług, które w danym okresie OA zamawiał od OPL). Dodatkowo Prezes UKE wskazuje, że obowiązek z art. 36 Pt nałożony na OPL w Decyzji SMP 2, 3, 3a i 3b realizowany jest m.in. przez monitorowanie jakości zapewnianych przez OPL usług i stosowanie w zakresie realizacji usług na rzecz PT, kluczowych wskaźników efektywności KPI, w celu zapobiegania różnicowaniu jakości usług oferowanych OA i klientom OPL.

Wobec powyższego należy zgodzić się z argumentem ze Stanowiska konsultacyjnego KIGEiT, iż NSKPI nie obejmuje okresu, z którego pochodzi obecnie obowiązujący reżim odpowiedzialności OPL. Pierwszy raport kwartalny zgodny z NSKPI obejmuje IV kwartał 2012 r. Wobec zmiany metodologii zbierania danych możliwe jest przeprowadzenie analizy jedynie od IV kwartału 2012 r. Brak możliwości porównania danych z Raportów kwartalnych NSKPI z danymi historycznymi nie ma jednak wpływu na kształt rozstrzygnięcia przyjętego w Decyzji. Prezes UKE podkreśla, że dane historyczne nie przesądzają o aktualnym poziomie świadczonych przez OPL usług. We Wniosku KIGEiT II izba wniosła o włączenie do „materiału dowodowego dokumentacji dotyczącej terminowości usuwania awarii usług hurtowych KPI za cały okres obowiązywania oferty SOR”. Prezes UKE podkreśla, że użyte przez KIGEiT sformułowanie jest nieprecyzyjne, ponieważ Oferta SOR zaczęła obowiązywać w relacjach międzyoperatorskich dopiero po jej wdrożeniu do umów bilateralnych pomiędzy OPL, a poszczególnymi OA.

⁴¹ <https://archiwum.uke.gov.pl/porozumienie-pomiedzy-tp-sa-a-prezesem-uke-10348>

⁴² Interfejs Systemu Informatycznego

Od 2010 r. zmianie uległa pozycja rynkowa OPL oraz sposób udostępniania OA usług hurtowych. Wobec powyższego Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II Prezes UKE zdecydował o wprowadzeniu zmian do Oferty SOR. Analiza Raportów kwartalnych NSKPI w okresie od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. (raporty odnoszą się do okresu, w którym stosowane były kary zgodne z Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II) pozwala na stwierdzenie, że wskaźniki KPI co do zasady osiągają poziomy referencyjne (wyjątek stanowi wskaźnik UG4) oraz nie występują przesłanki do stwierdzenia istnienia dyskryminacji w poziomie obsługi części hurtowej OPL (dalej „Hurt OPL”) względem części detalicznej OPL (dalej „Detal OPL”), zarówno w ocenie niedyskryminacji krótkookresowej, jak i długookresowej. Należy zatem uznać, że pomimo zmian wprowadzonych Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II kary nie straciły swojego represyjnego charakteru.

Analiza Raportów kwartalnych NSKPI za okres od IV kwartału 2012 r. do IV kwartału 2014 r. wskazuje, iż wskaźniki KPI nie osiągnęły poziomów referencyjnych 78 razy (14 razy w IV kwartale 2012 r., 6 razy w I kwartale 2013 r., 10 razy w II kwartale 2013 r., 24 razy w III kwartale 2013 r., 5 razy w IV kwartale 2013 r., 5 razy w I kwartale 2014 r., 6 razy w II kwartale 2014 r., 5 razy w III kwartale 2014 r. i 3 razy w IV kwartale 2014 r.). Raporty kwartalne NSKPI za wskazany okres obejmowały 972 pozycje (wskaźniki KPI nie osiągnęły wartości referencyjnej dla 8,02% przypadków).

Analiza Raportów kwartalnych NSKPI za okres od I kwartału 2015 r. do IV kwartału 2018 r. wskazuje, iż wskaźniki KPI nie osiągnęły poziomów referencyjnych 38 razy (2 razy w I kwartale 2015 r., 2 razy w III kwartale 2015 r., 3 razy w IV kwartale 2015 r., 3 razy w I kwartale 2016 r., 1 raz w II kwartale 2016 r., 3 razy w III kwartale 2016 r., 1 raz w IV kwartale 2016 r., 3 razy w I kwartale 2017 r., 1 raz w II kwartale 2017 r., 2 razy w III kwartale 2017 r., 3 razy w IV kwartale 2017 r., 6 razy w I kwartale 2018 r., 2 razy w II kwartale 2018 r., 3 razy w III kwartale 2018 r. oraz 3 razy w IV kwartale 2018 r.). Raporty kwartalne NSKPI za wskazany okres obejmowały 1 728 pozycji (wskaźniki KPI nie osiągnęły wartości referencyjnej dla 2,20% przypadków).

Prezes UKE wskazuje, że po wyłączeniu z powyższej analizy współczynnika UG4, wskaźniki KPI nie osiągnęły wartości referencyjnej 6 razy (co stanowiło zaledwie 0,36% wskaźników KPI raportowanych w danym okresie) w okresie od I kwartału 2015 r. do IV kwartału 2018 r. oraz 56 razy (co stanowiło 5,92% wskaźników raportowanych w danym okresie) w okresie od IV kwartału 2012 r. do IV kwartału 2014 r.

Prezes UKE wskazuje również, iż na podstawie najnowszych Raportów kwartalnych NSKPI (za I i II kwartał 2019 r.) należy stwierdzić, że poziom jakości usług świadczonych przez OPL pozostaje na zadowalającym poziomie (oprócz wskaźnika UG4 w pierwszym półroczu 2019 r. wartości referencyjnej nie osiągnęły tylko wskaźniki UI10⁴³ w lutym oraz TZN1⁴⁴ w czerwcu, co wpisuje się w tendencję obserwowaną również we wcześniejszych raportach, w których występują pojedyncze zdarzenia związane z nieosiągnięciem wartości referencyjnej wskaźników KPI innych niż wskaźnik UG4, do którego Prezes UKE odniósł się w dalszej części uzasadnienia).

Powyżej przeprowadzona analiza potwierdza, że nastąpiła poprawa w zakresie wykonania wskaźników KPI, co stanowi potwierdzenie wniosków Prezesa UKE o poprawie jakości

⁴³ liczba odrzutów technicznych na zmianę prędkości usług szerokopasmowych na 100 zamówień

⁴⁴ terminowość podpisywania umów na podstawie ofert ramowych

i terminowości usług świadczonych przez OPL na rzecz OA. Tym samym nie można zgodzić się z stanowiskiem KIGEiT prezentowanym m.in. we Wniosku KIGEiT III, że brak jest dowodów potwierdzających poprawę jakości w zakresie usług hurtowych świadczonych przez OPL. Zdaniem Prezesa UKE pojedyncze przypadki niewykonania wskaźników KPI mają charakter incydentalny i nie mogą świadczyć o obniżeniu poziomu jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż w przypadku niewykonania celu dla danego wskaźnika KPI, OPL przedstawia Prezesowi UKE wyjaśnienia z jakich powodów nie wykonano celu (np. w pierwszym kwartale 2018 r. wskaźnik LLU2⁴⁵ nie osiągnął założonego poziomu referencyjnego z uwagi na wystąpienie w styczniu 33, w lutym 29, a w marcu 31 odrzutów technicznych z winy OPL, przy utrzymującym się spadku ilości zamówień LLU).

W Stanowisku KIGEiT wskazała na brak walorów dowodowych Raportów kwartalnych NSKPI. Odnosząc to do wartości dowodowej Raportów kwartalnych NSKPI, Prezes UKE wskazuje, że wyniki dla poszczególnych wskaźników raportowanych w ramach NSKPI są prezentowane zarówno Prezesowi UKE, jak i każdemu OA w postaci raportów dla tych usług, które w danym okresie OA zamawiał od OPL. Wyniki są dostępne dla każdego OA na platformie ISI, w cyklach miesięcznych, a dla Prezesa UKE w cyklach kwartalnych (z rozbiciem na miesiące). Każdy z operatorów dostaje wyniki dla swoich wskaźników oraz ich porównanie do wyników dla Hurtu OPL i Detalu OPL. Prezes UKE dostaje na potrzeby NSKPI wyniki zbiorcze dla Hurtu i Detalu OPL oraz pliki z danymi źródłowymi (pliki źródłowe są bardziej szczegółowe i zawierają dane w podziale na poszczególnych OA). Operatorzy, w przypadku przekroczenia dopuszczalnego terminu realizacji zlecenia w zakresie usług objętych Ofertą SOR, są informowani o powodach niewykonania danej usługi w określonym czasie (wskazana jest przyczyna odrzutu, tzw. kod odrzutu). Dodatkowo mogą dochodzić od OPL wyjaśnień lub/i roszczeń. Odnosząc się do argumentu KIGEiT, iż ostatni audyt został przeprowadzony w 2012 roku, Prezes UKE potwierdza, że przed operacyjnym startem NSKPI, tj. w czwartym kwartale 2011 r., a następnie w okresie 08.06-16.07.2012 r. został przeprowadzony audyt przez firmę A. T. Kearney sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którego celem była ocena poprawności realizacji i wdrożenia przez OPL NSKPI. Audytowi poddane zostały wszystkie uzgodnienia pomiędzy OPL a Prezesem UKE dotyczące zakresu oraz zasad działania NSKPI, w tym w szczególności poprawność implementacji metryk dla wszystkich wskaźników wchodzących w skład NSKPI. Przedmiot audytu stanowiły także załączniki do metryk dotyczące źródeł danych oraz wyłączeń z dziedziny, stanowiące materiał wewnętrzny OPL. Na podstawie przeprowadzonego audytu należy stwierdzić, że raportowanie wskaźników zostało poprawnie zaimplementowane w systemach informatycznych OPL. Dane, przekazywane Prezesowi UKE przez OPL w ramach cyklicznego (kwartalnego) raportowania NSKPI, są każdorazowo weryfikowane pod kątem ich poprawności i spójności. Jakikolwiek błędy w danych są poprawiane przez OPL każdorazowo, na żądanie Prezesa UKE. Prezes UKE wskazuje, że jakiegokolwiek zmiany w metrykach lub załącznikach do metryk podlegają dwustronnemu uzgodnieniu pomiędzy OPL a Prezesem UKE. Od początku działania NSKPI proces ten przebiega prawidłowo. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że dane przekazywane przez OPL są szczegółowo analizowane przez Prezesa UKE, a wynikiem tej analizy są właśnie Raporty kwartalne NSKPI. Wobec powyższego nie można zgodzić

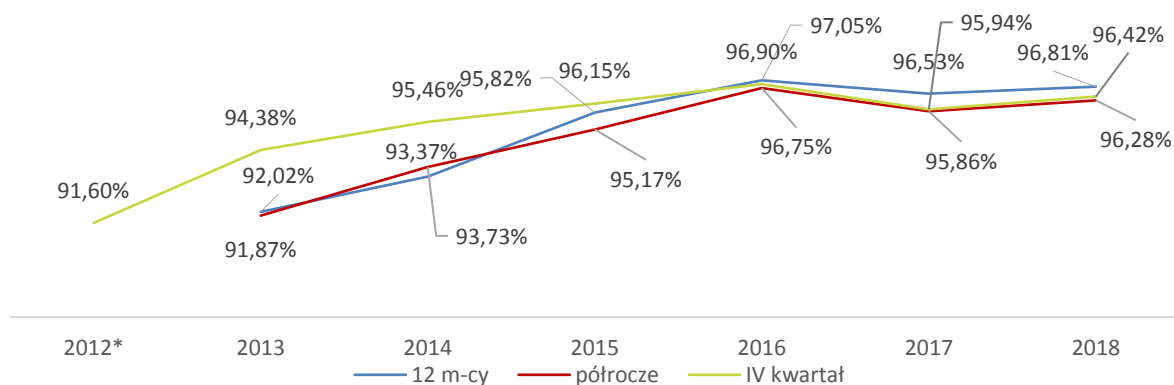
⁴⁵ liczba odrzutów technicznych na 100 zamówień LLU

się z argumentem ze Stanowiska KIGEiT, iż Raporty kwartalne NSKPI mają wątpliwy walor dowodowy i nie podlegają żadnej weryfikacji.

W Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wskazała, że kluczowym wskaźnikiem KPI jest UG4, który stanowi wyrażony w procentach średni rzeczywisty czas naprawy zwykłych awarii usług głosowych w danym okresie raportowanym podzielony przez czas przewidziany na naprawę awarii zwykłej usługi głosowej. KIGEiT wskazała, że już pobieżna analiza wykresu wskazuje na znaczące wydłużenie średniego czasu usunięcia awarii, w szczególności w stosunku do okresu sprzed wydania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II oraz, że uśredniony wskaźnik UG4 za lata 2016-2018 jest o blisko 20% większy niż dla okresu od października 2012 r. do końca 2015 r. W Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wskazała również, iż tezy Prezesa UKE o braku dyskryminacji nie potwierdzają dane dotyczące wskaźnika UG4 dla części detalicznej OPL. Zdaniem KIGEiT nieprawdziwe jest twierdzenie Prezesa UKE zamieszczone w odniesieniu do wykonania wskaźnika UG4 w Raporcie kwartalnym NSKPI za IV kwartał 2018 r., zgodnie z którym *„wyniki dla Detalu kształtowały się podobnie”*.

Odnosząc się do powyższego Prezes UKE wskazuje, że w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT dokonała pobieżnej analizy tylko jednego wskaźnika raportowanego przez OPL (NSKPI obejmuje 36 wskaźników). KIGEiT odnosi się wyłącznie do wskaźnika UG4 dotyczącego względnego czasu naprawy zwykłych awarii usług głosowych (Usługa WLR). Zdaniem Prezesa UKE, z uwagi na przedmiot postępowania, ograniczenie się tylko do jednego wskaźnika jest błędnym podejściem. Weryfikując jakość usług hurtowych świadczonych przez OPL należy przeanalizować Raporty kwartalne NSKPI bardziej globalnie niż czyni to KIGEiT. Jednocześnie analizując terminowość naprawy awarii przez OPL należy uwzględnić również pozostałe usługi regulowane określone w Ofercie SOR. Prezes UKE wskazuje, że brak jest podstaw do uznania słuszności argumentów ze Stanowiska konsultacyjnego KIGEiT wskazujących, iż *„już chociażby w zakresie wskaźników KPI dotyczących terminowości usuwania awarii raporty NS KPI prowadzą do wniosków zgoła odmiennych od tych, które bez żadnych podstaw wysnuwane są przez Prezesa UKE”*. Prezes UKE wskazuje, że całościowa analiza wskaźników jakości świadczenia Usług Regulowanych wskazuje na trend poprawy jakości usług. Globalna analiza wskaźników pozwala na stwierdzenie poprawy jakości świadczonych Usług Regulowanych przez OPL, czego nie podważają pojedyncze przypadki nieosiągnięcia wartości referencyjnych wskaźników KPI (które są każdorazowo wyjaśniane przez OPL). Dane na Wykresie 1. potwierdzają tezę, iż poprawa terminowości usuwania awarii nastąpiła po zmianie Oferty SOR Decyzją Kary i Bonifikaty I i II.

Wykres 1.

Średnie wartości wskaźników terminowości usuwania awarii dla usług WLR/LLU/BSA⁴⁶

Źródło: opracowanie UKE na podstawie Raportów kwartalnych NSKPI (*dane z 2012 r. dostępne tylko dla IV kw.)

Prezes UKE wskazuje również, że z informacji przekazywanych przez OPL w zakresie nieosiągnięcia poziomów referencyjnych przez wskaźnik UG4 wynika, iż największy negatywny wpływ na wynik tego wskaźnika mają uszkodzenia trudnouslywalne, zamknięte z opóźnieniem głównie ze względu na brak dostępu do infrastruktury (brak zgody właściciela na dostęp do nieruchomości, na której znajduje się infrastruktura OPL wymagająca naprawy), konieczność uruchomienia inwestycji zakładającej przebudowę lub modernizację sieci OPL czy też konieczność usunięcia infrastruktury OPL wynikająca, np. z rozstrzygnięć sądowych lub administracyjnych. Odnosząc się do Stanowiska KIGEIT, w którym wskazano, że nie można „(...)w sposób bezkrytyczny przyjmować tłumaczeń dotyczących braku zgody właścicieli nieruchomości na dostęp do infrastruktury OPL. Już bowiem w 2008 r. wprowadzono do kodeksu cywilnego instytucję służebności przesyłu. Również przed wprowadzeniem służebności przesyłu przedsiębiorstwa infrastrukturalne korzystały z cudzych nieruchomości korzystając z instytucji służebności gruntowych (...)”, Prezes UKE wskazuje, że należy zgodzić się ze Stanowiskiem KIGEIT, iż OPL posiada środki prawne do uregulowania dostępu do infrastruktury. W ocenie Prezesa UKE, w sytuacji uregulowania odpowiednio wcześniej prawa dostępu do nieruchomości, OPL nie miałaby problemu z dostępem do nieruchomości, na których posadowiona jest jej infrastruktura. Prezes UKE zaznacza, jednak iż historyczny brak uregulowań formalno-prawnych co do możliwości dostępu do infrastruktury nie jest jedynym powodem niezyskania dostępu do infrastruktury, należy mieć na uwadze także wszelkiego rodzaju zdarzenia losowe.

Niemniej jednak należy zauważyć, iż kwestia problemów z dostępem do infrastruktury nie ma bezpośredniego wpływu na wyniki niniejszego postępowania. Przekroczenie poziomów referencyjnych w przypadku wskaźnika UG4 wynika z występowania nielicznych awarii o bardzo długim czasie trwania, których udział powoduje bardzo duże zaburzenia wyników dla wskaźnika czasów względnych. Przyjęty czas usunięcia zwykłych awarii Usługi WLR w Ofercie SOR wynosi 26 godzin (Część I Ogólna, Rozdział 1, pkt 1.12 ppkt 1.12.4). Należy wskazać, że jeżeli w danym miesiącu (czy kwartale) wystąpi choćby kilka zdarzeń, których czas realizacji znacznie przewyższa przyjętą granicę 26 godzin, to wynik statystyczny/matematyczny dla wskaźnika UG4 znacznie przekracza poziom

⁴⁶ wskaźniki UG3, LLU3 i UI5 to stymulanty, których pożądana wartość jest jak najwyższa (najczęściej 100%)

referencyjny (wartość referencyjna wskaźnika UG4 wynosi 100%). Prezes UKE wskazuje, że odsetek takich awarii jest bardzo mały, ale mają one statystycznie istotny wpływ na wskaźnik czasów względnych. Średnia liczba awarii występujących na Detalu OPL jest większa niż dla Hurtu OPL. Przy większej ilości zdarzeń zaburzenie wprowadzone przez nieliczne awarie długoterminowe jest statystycznie niższe. Wobec powyższego należy stwierdzić, że wyniki wskaźnika UG4 dla Detalu OPL wydają się być lepsze niż w przypadku usługi hurtowej, a sam trend bardziej „wygładzony”. Prezes UKE wskazuje również, że patrząc na przebieg wykresu dla wskaźnika UG4, zamieszczonego w Raporcie kwartalnym NSKPI za IV kwartał 2018 r. (również w Raporcie kwartalnym NSKPI za II kwartał 2019 r., do którego odniesiono się w Stanowisku KIGEiT), w dłuższym okresie, można stwierdzić, że wyniki dla Hurtu i Detalu OPL kształtują się podobnie. Wynika to z faktu, iż pogorszenie czy polepszenie wyników następuje w tych samych okresach, co związane jest z cyklicznością występowania awarii sieci telekomunikacyjnej (pogorszenie wyników następuje w okresie zimowym (mrozy) oraz letnim (burze, podtopienia, powodzie)) i dotyczy zarówno usług hurtowych, jak i detalicznych OPL. Prezes UKE wskazuje, że nie sposób zgodzić się również z argumentem prezentowanym w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT zgodnie, z którym „tezy Prezesa UKE o braku dyskryminacji nie potwierdzają również dane dotyczące tego samego wskaźnika [UG4] w zakresie części detalicznej”. Wskaźnik UG4 nie podlega ocenie w pomiarze niedyskryminacji Hurtu względem Detalu OPL. Jednocześnie należy podkreślić, iż wskaźnik UG4 nie jest wskaźnikiem terminowości, a wskaźnikiem czasu względnego. Terminowość realizacji przez OPL usług jest zachowana (w przypadku usług głosowych - wskaźnik UG3 osiąga poziomy referencyjny).

Odnosząc się do tezy postawionej w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wskazującej, iż „OPL w pełni świadomie nie podejmowała się napraw awarii trudnouslywalnych, które kończą się (według relacji członków SOT) najczęściej z uwagi na rezygnację z usługi hurtowej, która z kolei wynika z wypowiedzenia umowy przez abonenta operatora alternatywnego” i przywołanego przykładu dotyczącego jednego z komunikatów wewnętrznych OPL, Prezes UKE wskazuje, że kwestia przedmiotowego komunikatu była podnoszona przez KIGEiT już na etapie postępowania zakończonego wydaniem Decyzji Zobowiązującej. Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez OPL w Stanowisku OPL, w omawianym przypadku trwał spór prawny o ustanowienie służebności przesyłu oraz o zabezpieczenie dostępu do szafy telekomunikacyjnej, czego konsekwencją było wydłużenie czasu usunięcia awarii. OPL podała, że po uzyskaniu jednorazowej zgody sądowej na dostęp do tej infrastruktury uszkodzenie zostało usunięte. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż nie posiada dowodów potwierdzających tezę KIGEiT, iż w wyniku zmiany Oferty SOR Decyzją Kary i Bonifikaty I i II, OPL podejmuje decyzje o nieusuwaniu skomplikowanych awarii. W przypadku przekroczenia dopuszczalnego terminu realizacji zlecenia w zakresie usług objętych Ofertą SOR, OA powinni być informowani przez OPL o przyczynach niewykonania danej usługi w określonym czasie i mogą na tej podstawie dochodzić od OPL wyjaśnień lub/i roszczeń.

Poniżej Prezes UKE odniósł się do wszystkich zmian wprowadzonych do Oferty SOR w związku z przedstawieniem do zatwierdzenia Projektu OPL.

- 1. Zmiana wysokości kar określonych w Części I Ogólnej, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. d, h, j**

We Wniosku OPL zaproponowała obniżenie kar umownych określonych w Części I Ogólnej, w Rozdziale 1, pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. d, h, j z uwagi na fakt, iż (zdaniem OPL) ich wysokość jest rażąco zawyżona. OPL wniosła o obniżenie wysokości tylko tych kar umownych, które zostały obniżone Decyzją Kary i Bonifikaty I uchyloną Wyrokiem NSA.

Zdaniem Prezesa UKE zasadne jest obniżenie kar umownych wskazanych przez OPL. Analiza Raportów kwartalnych NSKPI z okresu od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. (w okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II) wskazuje, że wskaźniki KPI co do zasady osiągają wartości referencyjne (co zostało omówione we wcześniejszej części uzasadnienia Decyzji). Powyższe potwierdza, iż poziom stosowanych kar umownych pozwala na realizację funkcji kar umownych (represyjnej i odszkodowawczej). Rozwiązania wprowadzone Decyzją Kary i Bonifikaty I i II nadal wpływają dyscyplinująco na OPL, co w konsekwencji przyczynia się do zapewnienia wysokiej jakości świadczonych usług na rzecz PT (co pośrednio ma również wpływ na zapewnienie maksymalnych korzyści użytkownikom końcowym). Prezes UKE podkreśla, iż pomimo obniżenia wysokości przedmiotowych kar umownych oraz związania ich z wysokością opłaty abonamentowej (kara umowna za nieterminowe usunięcie Awarii) podjęte rozstrzygnięcie nie naruszało istoty kary umownej, a usługi świadczone przez OPL nie były wykonywane z zachowaniem obniżonych standardów. Analiza wskaźników KPI (opisana we wcześniejszej części uzasadnienia Decyzji) potwierdza, iż wskaźniki KPI osiągają wartości referencyjne, co uzasadnia wprowadzenie zmian zgodnych z Projektem OPL. W ocenie Prezesa UKE brak jest uzasadnienia dla pozostawienia kar umownych określonych w Części I Ogólnej, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. d, h, j, w wysokości określonej w 2010 r. Zdaniem Prezesa UKE zmiany na rynku telekomunikacyjnym, do których doszło w okresie od 2010 r. (poprawa jakości i terminowości dostarczania usług regulowanych przez OPL, zmiana podejścia OPL do udostępnienia PT swojej sieci, rozwój konkurencji, zmiana pozycji rynkowej OPL oraz wynikająca z niej deregulacja niektórych rynków), uzasadniają obniżenie przedmiotowych kar umownych. Wprowadzone rozwiązanie odpowiada potrzebom rozwoju równoprawnej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz potrzebie dotyczącej zapewnienia skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorów.

W Stanowisku konsultacyjnym Netia wskazała również, że przy braku zagrożenia poniesienia kary na rzecz OA, OPL nie będzie zmuszona do tworzenia rezerw na potrzebę zaspokojenia roszczeń z tytułu kar i wniosła o włączenie do materiału dowodowego sprawozdań finansowych OPL, które stanowiłyby potwierdzenie czy OPL zawiązuje rezerwy na potrzeby kar umownych wypłacanych na rzecz OA. Prezes UKE wyjaśnia, iż o ile OPL w swoim sprawozdaniu finansowym prezentuje pozycje rezerw, to pozycje te stanowią pewne agregaty, nie ma wskazanej wprost pozycji związanej ze spłatą kar umownych na rzecz OA. Sprawozdanie finansowe zawiera natomiast pozycję „rezerwy na roszczenia i sprawy sądowe, ryzyka i pozostałe koszty”, zatem są to pozycje, które dotyczą wydatków niezwiązanych bezpośrednio z działalnością operacyjną spółki, z dużym prawdopodobieństwem pozycja ta uwzględnia m.in. ryzyka poniesienia kary przez OPL gdy było to realne i możliwe do skwantyfikowania zagrożenie w danym roku obrotowym. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że sprawozdania finansowe OPL są publicznie dostępne w ramach Raportów rocznych OPL⁴⁷.

⁴⁷ <http://www.orange-ir.pl/pl/results-center/results>

Prezes UKE zgadza się z Netią, iż przy braku zagrożenia poniesienia kary na rzecz OA, OPL nie byłaby zmuszona do tworzenia rezerw na potrzebę zaspokojenia roszczeń z tytułu kar. Prezes UKE podkreśla jednak, że w Decyzji nie zdecydował o usunięciu wszystkich kar umownych określonych w Ofercie SOR, a jedynie o modyfikacji kilku z nich i usunięciu trzech. Tym samym OPL nadal jest zobowiązana do ponoszenia kosztów z tytułu nieprawidłowej lub nieterminowej realizacji Usług Regulowanych, jednakże jest to zobowiązanie dostosowane do aktualnie stwierdzonego poziomu jakości usług świadczonych przez OPL.

Zgodnie z publicznie dostępnymi danymi OPL w latach 2014 - 2018 (w okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II) wysokość rezerw OPL z tytułu „roszczeń, spraw sądowych, ryzyk i innych kosztów” kształtowała na podobnej wysokości, średnio na poziomie ponad 700 mln zł. Natomiast w okresie wcześniejszym kwoty te były zdecydowanie większe.

Tabela 1

Rezerwy OPL na roszczenia i sprawy sądowe, ryzyka i pozostałe koszty

Lata	Wysokość rezerw (wartości na dzień 1 stycznia w mln zł)
2018	736
2017	771
2016	707
2015	692
2014	777
2013	801
2012	2 949
2011	2 147
2010	1 058

Źródło: Raporty roczne OPL

Ponadto zasady tworzenia rezerw wynikają wprost z ustawy o rachunkowości⁴⁸, zaś spółka ma obowiązek tworzyć rezerwy na znane jej ryzyko, przewidywane straty oraz inne zdarzenia, tak aby rzetelnie przedstawić swoją sytuację finansową. Rezerwy na zobowiązania tworzy się w wiarygodnie określonej wysokości i w ściśle określonych przypadkach. Rezerwy tworzy się na koniec roku, za który sporządza się sprawozdanie finansowe wówczas, gdy jednostka ma pewność lub istnieje duże prawdopodobieństwo, że w następnym roku obrachunkowym wystąpią zobowiązania, które pociągną za sobą wydatki niezwiązane bezpośrednio z działalnością operacyjną spółki: udzielonymi gwarancjami, poręczeniem kredytowym, operacjami kredytowymi toczącymi się postępowaniami sądowymi obciążonymi dużym prawdopodobieństwem przegranej.

Wobec powyżej prezentowanych, publicznie dostępnych danych wniosek Netii o włączenie do materiału dowodowego sprawozdań finansowych OPL należy uznać za niezasadny. Jak zostało wskazane powyżej rezerwy z tytułu „roszczeń, spraw sądowych, ryzyk i innych kosztów” stanowią pewne agregaty i nie ma wskazanej wprost pozycji związanej ze spłatą kar umownych na rzecz OA. Niemniej jednak należy stwierdzić, iż OPL zawiązuje rezerwy na spłatę różnego rodzaju roszczeń, w tym kar. Prezes UKE wskazuje, że wnioskowany przez Netię dowód wykracza poza zakres przedmiotowego

⁴⁸ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 351)

postępowania, gdyż nie stanowi potwierdzenia lub zaprzeczenia czy Projekt OPL odpowiada potrzebom rynkowym.

W Stanowisku konsultacyjnym Netia wskazała również, że „utrzymanie kar na wyższym poziomie, będzie stanowiło dla OA zabezpieczenie na wypadek obniżenia jakości przez OPL. W sytuacji gdy kary umowne zostaną znacznie obniżone bądź całkowicie zniesione, OA nie będą posiadali żadnego narzędzia do dochodzenia od OPL strat za ewentualną utratę abonentów w wyniku przedłużających się awarii”. Wobec powyższych argumentów Prezes UKE wskazuje, że kary umowne zostały wprowadzone do Oferty SOR w celu uchronienia OA przed nienależytym, w tym nieterminowym wykonywaniem umowy zawartej na podstawie Oferty SOR. Zdaniem Prezesa UKE, jeżeli wskaźniki KPI osiągają poziomy referencyjne (tj. zadowalający poziom świadczenia Usług Regulowanych) w dłuższej perspektywie czasu, to uzasadnione jest dostosowanie kar umownych do stwierdzonego poziomu świadczenia Usług Regulowanych, co (w obecnej sytuacji rynkowej) może skutkować ich obniżeniem albo usunięciem. W ocenie Prezesa UKE pozostawienie w Ofercie SOR zapisów dotyczących poszczególnych rozwiązań „na wypadek” wystąpienia w przyszłości danej okoliczności należy uznać za pozbawione uzasadnienia. Prezes UKE podkreśla, że w okresie obowiązywania niższych kar umownych (okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II) nie doszło do obniżenia jakości świadczonych usług przez OPL. Tym samym należy stwierdzić, że pomimo obniżenia wysokości kar umownych interesy OA były prawidłowo zabezpieczone. W przypadku zmiany warunków rynkowych lub zmiany zapotrzebowania na usługi każdy PT ma możliwość wystąpienia do Prezesa UKE na podstawie art. 43 ust. 2 Pt z wnioskiem o zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż za błędne należy uznać stwierdzenie, że w wyniku wydania Decyzji, „OA nie będą posiadali żadnego narzędzia do dochodzenia od OPL strat”. Zapisy Oferty SOR (Część I, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3) oprócz kar umownych przewidują również możliwość dochodzenia przez OA odszkodowania od OPL na zasadach ogólnych.

2. Wykreślenie kar umownych określonych w Części I Ogólnej, Rozdział 1 pkt 1.9, ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. i, r, s

We Wniosku OPL zaproponowała usunięcie kary umownej określonej w Części I Ogólnej, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. r. (tj. kary w wysokości 100 000 (sto tysięcy) złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku przekroczenia terminu dotyczącego czasu wdrożenia Usługi Regulowanej przez OPL). OPL wskazała, że wdraża terminowo Usługi Regulowane i tym samym brak jest podstaw do utrzymywania w Ofercie SOR kary umownej za nieterminowe wdrażanie Usług Regulowanych.

W ramach postępowania zakończonego wydaniem Decyzji Kary i Bonifikaty I Prezes UKE stwierdził, iż wskaźniki KPI odnoszące się do terminowości wdrażania Usług Regulowanych osiągnęły w badanym okresie (trzeci kwartał 2013 r.) wystarczający poziom, co potwierdza, iż OPL wdrażała terminowo Usługi Regulowane. Tym samym Prezes UKE uznał, iż brak jest podstaw do utrzymania przedmiotowej kary w Ofercie SOR. Analiza wskaźników KPI w okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I oraz Decyzji Kary i Bonifikaty II potwierdza, iż trend dotyczący wdrażania przez OPL Usług Regulowanych został utrzymany. Wobec powyższego zasadne jest usunięcie przedmiotowej opłaty zgodnie z Projektem OPL.

Odnosząc się do Stanowiska konsultacyjnego Netii, zgodnie z którym „jeśli OPL w sposób prawidłowy świadczy usługi, wówczas kary umowne nie są naliczane. Tym samym w sytuacji gdy OPL nie podejmuje działań mających za zadanie ograniczenie dostępu dla OA [błędnie wskazano w piśmie Netii OPL] do usług hurtowych, utrzymanie kar umownych na poziomie ustalonym w 2010 r. nie będzie miało negatywnego wpływu na OPL, bowiem brak będzie podstaw do egzekwowania tych kar przez OA” oraz do Stanowiska konsultacyjnego KIGEIT, zgodnie z którym „skoro nie dochodzi do przypadków opóźnień, to kara nie znajduje zastosowania i w żaden sposób nie obciąża OPL”, Prezes UKE wskazuje, że brak podstaw do egzekwowania kar umownych przez OA nie uzasadnia pozostawienia tych kar w Ofercie SOR w obecnym kształcie. Poziom kar umownych zawartych w ofercie ramowej operatora zasiedziałego ma na celu zabezpieczenie prawidłowego wykonywania obowiązków regulacyjnych służących promocji skutecznej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych. Zdaniem Prezesa UKE kary umowne określone w nieuzasadnionej wysokości mogłyby wpłynąć na pozycję konkurencyjną OPL, dlatego zasadne jest ich dostosowanie do stwierdzonego poziomu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Wobec powyższego nie można zgodzić się również ze stwierdzeniem ze Stanowiska konsultacyjnego KIGEIT, że jeżeli następuje poprawa w zakresie jakości Usług Regulowanych, to wynika ona z faktu, że kary umowne spełniają swoją funkcję i nie ma podstaw do ich zmiany.

OPL zaproponowała również we Wniosku usunięcie kary umownej określonej w Części I Ogólnej, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. s (tj. kary w wysokości 10 000 (dziesięć tysięcy) złotych w przypadku stałego obniżania przez OPL jakości świadczonych Usług Regulowanych za każdy potwierdzony przypadek takiego działania OPL). OPL wskazała, że brak jest obecnie uzasadnienia dla pozostawienia przedmiotowej kary w Ofercie SOR, ponieważ OPL realizuje usługi regulowane często na poziomie lepszym dla OA niż dla części detalicznej OPL.

W Decyzji Kary i Bonifikaty I Prezes UKE stwierdził również, iż co do zasady jakość świadczonych przez OPL usług ulega systematycznej poprawie, a tym samym brak jest uzasadnienia dla utrzymywania kary za obniżanie przez OPL jakości świadczonych usług i nie przemawia za nią potrzeba zapobiegania zniekształceniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. W ramach niniejszego postępowania Prezes UKE stwierdził na podstawie wskaźników KPI, iż w okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II trend dotyczący poprawy jakości usług świadczonych przez OPL został co do zasady utrzymany. Tym samym brak jest uzasadnienia dla pozostawienia w Ofercie SOR przedmiotowej kary umownej.

Ponadto OPL we Wniosku zaproponowała usunięcie kary określonej w Części I Ogólnej Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. i Oferty SOR, która została określona w sposób niejasny i realnie może stanowić podstawę do naliczenia więcej niż jednej kary za to samo zdarzenie.

Prezes UKE potwierdza swoje stanowisko wyrażone w Decyzji Kary i Bonifikaty I wskazujące, iż za zasadne należy uznać wykreślenie kary określonej w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. i Oferty SOR (tj. kary w wysokości 300 (trzysta) złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku, gdy w wyznaczonym terminie nie zostanie rozpatrzony jakikolwiek wniosek lub jakiekolwiek zamówienie PT). Zdaniem Prezesa UKE przedmiotowa podstawa do naliczenia kary umownej została określona zbyt ogólnie, co mogło powodować wątpliwości interpretacyjne i skutkować naliczaniem

więcej niż jednej kary za to samo zdarzenie. Tym samym zasady współpracy międzyoperatorskiej byłyby niejasne i nieprecyzyjne, co stałoby w sprzeczności z potrzebą zapewnienia skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej oraz potrzebą określenia jasnych i precyzyjnych zasad współpracy.

Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że brak jest podstaw do stwierdzenia słuszności wniosków przedstawionych w Stanowisku konsultacyjnym Netii, iż obniżenie wysokości kar umownych zgodnie z Projektem OPL bądź zniesienie pewnych kar wpływa negatywnie na sytuację OA i jego abonentów. Netia wskazała, że *„w przypadku dłuższych awarii, OA zmuszeni są do rozwiązania umowy z abonentem ze względu na brak technicznej możliwości świadczenia usług. Tym samym zniesienie kar umownych oraz obniżenie ich wartości w negatywny sposób wpływa zarówno na podmioty korzystające z usług OPL, jak również na interes użytkowników końcowych. Nie jest zatem prawdą, że zmiana wysokości kar umownych stanowi odpowiedź na potrzeby rynku.”* Jak zostało omówione we wcześniejszej części uzasadnienia Decyzji wskaźniki KPI co do zasady osiągają poziomy referencyjne, co świadczy o poprawie jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL (w tym terminowości w usuwaniu awarii). Wprowadzone rozwiązanie nie tylko zabezpiecza roszczenia OA, ale również nie obciąża OPL zbyt wygórowanymi karami w kontekście stwierdzonego poziomu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Prezes UKE podkreśla, że opóźnienia w usuwaniu awarii związane są zwykle z wystąpieniem okoliczności niezależnych od OPL, a liczba tego typu awarii w ogólnym wolumenie wszystkich awarii nie jest duża. Obawy Netii należy zatem uznać za nieuzasadnione.

3. Ograniczenie górnego limitu wysokości kary umownej naliczonej za jedno zdarzenie

We Wniosku OPL zaproponowała wprowadzenie limitu, do wysokości którego PT są uprawnieni do żądania kar umownych. Określenie przedmiotowego limitu na poziomie sześćdziesięciokrotności podstawy kary umownej za dane zdarzenie pozwoli na uniknięcie nadmiernych i nieuzasadnionych obciążeń OPL w sytuacji wystąpienia zdarzeń o charakterze ciągłym, utrudniających lub uniemożliwiających świadczenie usługi regulowanej, w szczególności w sytuacjach, na które OPL nie ma wpływu lub wpływ ten jest ograniczony.

Zdaniem Prezesa UKE postulat o określeniu górnego limitu wysokości kary umownej naliczonej za jedno zdarzenie należy uznać za słuszny. Należy zauważyć, że w sytuacji wystąpienia długotrwałej i skomplikowanej Awarii, wymagającej zaangażowania znacznych środków pieniężnych i ludzkich ze strony OPL, brak określenia górnego limitu kary można uznać za zbyt wygórowane obciążenie. Wprowadzone rozwiązanie wpisuje się w potrzebę polegającą na wspieraniu konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Jednocześnie z uwagi na określenie górnego limitu na wysokim poziomie (sześćdziesięciokrotności podstawy kary umownej za dane zdarzenie) kary umowne nie utracą swojego represyjnego charakteru i będą działać mobilizująco na OPL. Z drugiej strony wprowadzone rozwiązanie ograniczy potencjalną możliwość wykorzystywania przez OA kar umownych jako dodatkowego źródła dochodu kosztem OPL, co odpowiada potrzebie rynkowej zapewnienia skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej. Odnosząc się do Stanowiska konsultacyjnego KIGEiT, w którym wskazano, że możliwość wykorzystywania kar umownych przez OA jako dodatkowego źródła dochodu pozostaje od 2014 r. nieudokumentowaną spekulacją, która nie odpowiada potrzebom rynkowym określonym w decyzjach SMP, Prezes UKE wskazuje,

iz OA korzystają z usług hurtowych w celu realizacji na ich podstawie usług dla użytkowników końcowych i w celu osiągnięcia z tego tytułu przychodu. Zatem, kara umowna dotycząca realizacji usług hurtowych, stanowi zadość ze strony OPL w związku z faktem, iż OA nie mógł realizować terminowo usługi i nieosiągnął z tego tytułu przychodu od swych abonentów. Mając to na uwadze, Prezes UKE wskazuje, że w sytuacji wzrostu kar umownych zgodnie z wnioskiem KIGEiT, podczas gdy przychody na rynku np. telefonii stacjonarnej spadają, teza o dodatkowym źródle dochodu w postaci kar umownych jest prawdziwa.

Prezes UKE wskazuje również, iż potrzeba rynkowa dotycząca zapewnienia skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej może zostać zaspokojona z uwagi na fakt, iż pomimo wprowadzenia górnego limitu kary umownej PT przysługuje prawo do dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych (Część I, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 5 Oferty SOR). Wobec powyższego nie można zgodzić się ze Stanowiskiem konsultacyjnym Netii, iż przy opóźnieniu usunięcia awarii przekraczającym 60 dni OPL nie będzie miała żadnych bodźców, które skłoniłyby ją do usunięcia przyczyn kary umownej.

Odnosząc się do Stanowiska konsultacyjnego Netii wskazującego, iż Prezes UKE wprowadził ograniczenie górnego limitu wysokości kary umownej za jedno zdarzenie na poziomie sześciokrotności podstawy kary umownej za dane zdarzenie bez przeprowadzenia analizy uzasadniającej prawidłowość maksymalnego limitu, Prezes UKE wskazuje, iż ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie należytego wykonania zobowiązania, a nie uzyskanie przez OA nadmiarowych korzyści z tytułu kary umownej, której wysokości byłaby niewspółmierna do samego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez OPL. W sytuacji wystąpienia długotrwałej i skomplikowanej awarii angażującej znaczne środki pieniężne i ludzkie, brak górnego limitu powoduje zachwianie relacji pomiędzy wysokością wynagrodzenia za daną usługę i wysokością doznanej szkody, a wysokością kary umownej. Zdaniem Prezesa UKE wymiar górnego limitu kary umownej został określony na wystarczającym poziomie pozwalającym na zapewnienie realizowania funkcji kar umownych. Sposób obliczania górnego limitu pozwala na zróżnicowanie jego wysokości, co uwzględnia poziom podstawy wymiaru kary umownej. Wprowadzony limit jest na tyle wysoki, że pozwoli na uniknięcie sytuacji, w której PT przysługiwałoby roszczenie za jedno zdarzenie do wysokości dwu-trzykrotności kary umownej. Przeprowadzona, we wcześniejszej części uzasadnienia Decyzji, analiza Raportów kwartalnych NSKPI obejmująca okres od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. potwierdza, iż wprowadzenie górnego limitu nie wpłynęło negatywnie na terminowość realizacji usług przez OPL oraz nie ogranicza odpowiedzialności OPL.

W Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wskazała, iż wprowadzenie górnego limitu wysokości kary umownej za jedno zdarzenie nie wspiera konkurencji oraz jest sprzeczne z interesem użytkownika końcowego. Prezes UKE ponownie wskazuje, że zmiana Oferty SOR w zakresie kar i bonifikat związana jest z poprawą jakości usług OPL i będzie działała motywująco na OPL dla dalszej poprawy w zakresie jakości i terminowości w świadczeniu usług. Rozwiązanie zgodne z Projektem OPL pozwoli na wyeliminowanie zbyt wygórowanych kar umownych, które ograniczają konkurencję na rynku telekomunikacyjnym. Jednocześnie pozostawiono OA możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej na zasadach ogólnych. Jak zostało wskazane we wcześniejszej części uzasadnienia Decyzji wskaźniki KPI w zakresie jakości

usług świadczonych przez OPL osiągają wartości referencyjne, co oznacza, że negatywne zdarzenia o charakterze ciągłym występują sporadycznie.

4. Definicja dnia

OPL zaproponowała we Wniosku wprowadzenie definicji dnia w brzmieniu odpowiadającym zapisom Decyzji Kary i Bonifikaty I. OPL wskazała, że zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UKE wyrażonym w uzasadnieniu do Decyzji Kary i Bonifikaty I.

W ocenie Prezesa UKE zasadne jest wprowadzenie definicji dnia zgodnej z Projektem OPL. Zdaniem Prezesa UKE OPL nie powinna być obciążana karami umownymi za czas, jakim dysponuje na usuwanie Awarii. Obciążenie karami umownymi OPL powinno następować dopiero w sytuacji, gdy OPL opóźnia się z naprawą Awarii, czyli gdy naprawa trwa dłużej niż czas na nią przewidziany w Ofercie SOR.

Prezes UKE uznał za zasadne wprowadzenie do Oferty SOR definicji dnia w brzmieniu zgodnym z Projektem OPL. Wprowadzona definicja pozwoli na uniknięcie ewentualnych sporów międzyoperatorskich dotyczących interpretacji zapisów Oferty SOR.

Doprecyzowanie definicji dnia pozwoli na realizację potrzeby zapewnienia jasnych i precyzyjnych zasad współpracy międzyoperatorskiej. Jednoznaczne określenie momentu, od którego OA przysługują kary umowne wpisuje się w realizację celu polityki regulacyjnej dotyczącej zapobiegania zniekształceniu konkurencji na rynku.

5. Kumulacja podstaw do naliczania kar umownych

We Wniosku OPL zaproponowała dodanie postanowienia stanowiącego, iż w przypadku gdy jedno zdarzenie może być podstawą do naliczenia więcej niż jednej kary umownej, OA ma uprawnienie do naliczenia kary umownej tylko z jednej podstawy, według własnego wyboru.

Zdaniem Prezesa UKE niedopuszczalne jest pozostawienie w Ofercie SOR rozwiązania pozwalającego na wysuwanie przez OA, dublujących się roszczeń wynikających z tego samego zdarzenia. Przyjęte w Decyzji rozwiązanie pozwala na wyeliminowanie dwóch podstaw do naliczania kar umownych za to samo zdarzenie, jednocześnie wprowadzając zasadę, iż w przypadku gdy występują dwie odmienne podstawy do naliczenia kar umownych za to samo zdarzenie, OA ma możliwość wyboru jednej z nich. W ocenie Prezesa UKE wprowadzenie rozwiązania znoszącego kilka podstaw do naliczenia kary umownej za ewidentnie to samo zdarzenie, pozwoli na uniknięcie przynajmniej części sporów międzyoperatorskich dotyczących kar umownych oraz ujednotoci praktykę współpracy. Tym samym, zdaniem Prezesa UKE, zasadne jest wprowadzenie w tym zakresie zapisów odpowiadających w swojej treści Decyzji Kary i Bonifikaty I. Przyjęte rozwiązanie odpowiada potrzebom rynku dotyczącej określenia jasnych i precyzyjnych zasad współpracy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Wprowadzone rozwiązanie pozwoli na zapewnienie skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej.

6. Zasady odpowiedzialności

We Wniosku OPL zaproponowała wprowadzenie analogicznych rozwiązań do wprowadzonych do Oferty SOR Decyzją Kary i Bonifikaty I, w zakresie katalogu zdarzeń wyłączających możliwość żądania przez PT od OPL zapłaty kar umownych. OPL wskazała, że nie powinna być zobowiązana do zapłaty kar umownych w sytuacjach, gdy nie ma na nie wpływu lub wpływ ten jest znacząco ograniczony.

Zdaniem Prezesa UKE zaproponowane w Projekcie OPL rozwiązanie pozwala na określenie jasnych i precyzyjnych zasad współpracy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, co stanowi odpowiedź na jedną z potrzeb rynku wynikającą z Decyzji SMP 2, Decyzji SMP 3, Decyzji SMP 3a i Decyzji SMP 3b. Rozwiązanie pozwoli na określenie spójnego katalogu przesłanek zwalniających OPL z odpowiedzialności oraz konieczności zapłaty kary umownej w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o dostępie jest następstwem okoliczności, za które OPL nie ponosi odpowiedzialności. Zdaniem Prezesa UKE zaproponowane w Projekcie OPL rozwiązanie jest zgodne z przesłanką rynkową zapobiegania zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, ponieważ zwalnia OPL z odpowiedzialności w sytuacji, gdy awarie lub przerwy w świadczeniu usług hurtowych wynikają z błędnych prognoz dostarczonych przez OA, przekroczenia limitu dla danych prognoz czy ich niezłożenia przez OA. Zdaniem Prezesa UKE brak jest podstaw do obciążania OPL odpowiedzialnością za zaniechania PT. Obciążenie OPL w przypadkach wskazanych powyżej wiązałoby się ze zniekształceniem konkurencji oraz mogłoby sprzyjać powstawaniu po stronie PT nadużyć w wykonywaniu prawa do kary umownej.

Ponadto, pozostawienie w katalogu wyłączeń odpowiedzialności OPL sytuacji, w której abonent PT nie wyraża zgody na dostęp do lokalu służb technicznych OPL lub w przypadku nieobecności abonenta PT w lokalu w umówionym terminie jest zdaniem Prezesa UKE zasadne z uwagi na fakt, iż OPL nie ma wpływu na zachowanie abonenta OA i nie powinna odpowiadać za jego zachowanie. Podobnie w przypadku braku zgłoszenia przez PT do OPL nieprawidłowości w zakresie zdarzeń objętych roszczeniem z tytułu kary umownej, brak jest podstaw do obciążania OPL karą umowną. W opinii Prezesa UKE prowadząc działalność gospodarczą PT powinni być ukierunkowani na osiągnięcie zysku w związku z oferowanymi usługami, a nie z tytułu wypłacanych przez OPL kar umownych. Tym samym sytuacja, w której dany OA nie zgłasza do OPL faktu wystąpienia usterki usługi regulowanej jest równoznaczna z traktowaniem kar umownych jako dodatkowego źródła dochodu tego OA. Wprowadzone Projektem OPL rozwiązanie pozwoli na uniknięcie nadużyć pojawiających się po stronie PT, dotyczących wykorzystywania prawa do kary umownej niezgodnie z funkcją kompensacyjną kary umownej. Możliwość nałożenia na OPL kary umownej w opisanej sytuacji stałaby w sprzeczności z potrzebą zapewnienia jasnych i precyzyjnych zasad współpracy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

Zdaniem Prezesa UKE zasadne jest również zatwierdzenie ostatniej przesłanki wyłączającej odpowiedzialność OPL wskazanej w Projekcie OPL, tj. zaistnienia zdarzeń wyłączających odpowiedzialność TP (Siła wyższa). Zgodnie z definicją wskazaną w pkt 1.1, Rozdział 1, Części I Ogólnej Oferty SOR „*Siła wyższa to zdarzenie zewnętrzne o charakterze nadzwyczajnym niezależne od strony, któremu nie można zapobiec przy dołożeniu najwyższej staranności, a w szczególności: wojna w tym wojna domowa, zamieszki, akty sabotażu, rozruchy, katastrofy naturalne*”. Tym samym brak jest uzasadnienia do obciążania OPL obowiązkiem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o dostępie, w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności.

7. Bonifikaty

We Wniosku OPL wskazała na konieczność doprecyzowania i złagodzenia obowiązków w zakresie bonifikat. OPL wskazała, że przedstawione w tym zakresie propozycje są zgodne z funkcją kompensacyjną bonifikaty.

Zdaniem Prezesa UKE przyjęcie zaproponowanych przez OPL zapisów ppkt 1.9.4 Bonifikaty pozwoli na zapewnienie jasnych i precyzyjnych zasad współpracy pomiędzy PT. Wskazane rozwiązanie zapewni również maksymalne korzyści Abonentom, ponieważ mobilizuje OPL do świadczenia usług na odpowiednim poziomie jakości, co przekłada się na zapewnienie odpowiedniej jakości usług regulowanych.

Dodatkowe wnioski zgłaszane w stanowiskach konsultacyjnych:

1. Pozostałe argumenty zawarte w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT

W Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wyraziła zdziwienie tempem prac nad Decyzją oraz wskazała, że *„takie tempo prac w sposób oczywisty wiąże się również z brakiem analizy materiału dowodowego (w szczególności w sytuacji, w której w tym samym dniu, co rozpoczęcie postępowania konsultacyjnego, następuje włączenie do akt materiału dowodowego)”*. KIGEiT wskazała również, że tempo prac wiąże się z istotnym ryzykiem uchylecia Decyzji Zobowiązującej z uwagi na pominięcie postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego.

Prezes UKE wskazuje, iż na bieżąco monitoruje i analizuje wskaźniki KPI, które są raportowane Prezesowi UKE przez OPL w cyklach kwartalnych. Zgodnie z analizą wskaźniki KPI co do zasady osiągają poziomy referencyjne (wyjątek stanowi wskaźnik UG4, co zostało omówione we wcześniejszej części uzasadnienia Decyzji). Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż zawiadomieniem z dnia 14 czerwca 2019 r. poinformował strony postępowania o włączeniu do akt postępowania Raportów kwartalnych NSKPI za okres od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. w celu umożliwienia im zapoznania z przedmiotowymi dokumentami przed wydaniem Decyzji, co stanowiło realizację zasad prowadzenia postępowania określonych w kpa. Zatem za pozbawione uzasadnienia należy uznać domniemania KIGEiT, iż Prezes UKE rozpoczął konsultacje decyzji bez przeprowadzenia oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Prezes UKE wskazuje również, iż w postępowaniu zakończonym wydaniem Decyzji Zobowiązującej nie wystąpiły przesłanki do przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego. Zgodnie z art. 15 pkt 2 Pt *„Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach nałożenia, zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji lub nieposiadającego takiej pozycji przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia.”* Prezes UKE podkreśla, iż wydanie decyzji na podstawie art. 43 ust. 2 Pt (tj. decyzji zobowiązującej operatora o znaczącej pozycji rynkowej do przygotowania zmiany oferty ramowej) nie oznacza modyfikacji nałożonych na tego operatora obowiązków regulacyjnych. Obowiązki regulacyjne są to obowiązki nakładane na podstawie przepisów wymienionych w art. 22 ust. 2 Pt. Natomiast art. 22 ust. 2 Pt odsyła do przepisów przewidujących obowiązki regulacyjne na rynkach hurtowych i na rynkach detalicznych, tj. do art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44, art. 44b, art. 45, art. 46 lub art. 72 ust. 3 Pt.

Powyższe potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych zgodnie z którym „*Nie ulega wątpliwości, że warunkiem wydania decyzji na podstawie art. 43 ust. 2 Pt jest istnienie obowiązującej oferty ramowej oraz spełnienie pozostałych przesłanek wymienionych w tym przepisie - mianowicie musi wystąpić zmiana zapotrzebowania na usługi lub zmiana warunków rynkowych. Zatem przepis ten może mieć zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy na operatora nałożono już wcześniej obowiązek stosowania oferty ramowej. Obowiązek taki określa przepis art. 42 ust. 1 Pt, zgodnie z którym Prezes UKE może nałożyć, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt, w drodze decyzji, na operatora o znaczącej pozycji rynkowej, na którego został nałożony obowiązek równego traktowania zgodnie z art. 36 Pt lub wraz z tym obowiązkiem, obowiązek przygotowania i przedstawienia w określonym terminie projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, której stopień szczegółowości określi w decyzji. Na podstawie przepisu art. 43 ust. 2 Pt Prezes UKE nie nakłada więc obowiązków regulacyjnych, a jedynie wypowiada się w kwestii obowiązków regulacyjnych już wcześniej nałożonych na operatora, odnosząc się do sposobu ich wykonania, w przypadku zaistnienia warunków określonych tym przepisem, z tym że zmiany oferty muszą być zgodne z obowiązującymi decyzjami regulacyjnymi i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa (tak: NSA w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt II GSK 2107/11) (...) Konstrukcja art. 43 wskazuje na to, że decyzja zobowiązująca do zmiany oferty ramowej nie może nakładać lub zmieniać obowiązków regulacyjnych. Decyzja ta powinna jedynie egzekwować zgodność projektu oferty ramowej z ustalonymi obowiązkami regulacyjnymi (por. M. Rogalski /w:/ M. Rogalski (red.), K. Kawalek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, LEX 2010, komentarz do art. 43 Prawa telekomunikacyjnego t. 3).” (wyrok WSA z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. VI SA/Wa 133/18).*

2. Wspólne stanowisko konsultacyjne Partnerów Technicznych OPL

We Wspólnym stanowisku konsultacyjnym Partnerów Technicznych OPL wskazano, że funkcjonujący w Ofercie SOR system zasad i odpowiedzialności OPL w zakresie kar i bonifikat bezpośrednio przekłada się na zasady współpracy pomiędzy OPL a Partnerami Technicznymi. Partnerzy Techniczni wskazali, że „*zapewnienie wysokiego standardu obsługi klientów przez OPL implikuje po stronie Partnerów Technicznych konieczność mobilizacji większej ilości zasobów ludzkich o wysokich kompetencjach specjalistycznych, wyposażonych w kosztowny sprzęt diagnostyczno-pomiarowy, co siłą rzeczy zwiększa koszty utrzymania sieci i usług.*” Wskazano, że w warunkach współpracy pomiędzy OPL a Partnerami Technicznymi znajdują się zapisy przewidujące odpowiedzialność Partnera Technicznego za niewykonanie, bądź nienależyte wykonanie umowy, w tym zapisy przewidujące kary umowne. Zdaniem Partnerów Technicznych: „*jeśli w ofercie ramowej OPL pozostałyby zapisy przewidujące tak wysokie i nieograniczone kary na rzecz operatorów korzystających z infrastruktury OPL i doszłoby do sytuacji, w której kary te zostałyby przeniesione na Partnera Technicznego spowoduje to konieczność zakończenia prowadzonej działalności gospodarczej*”. Zdaniem Partnerów Technicznych OPL nawet przywrócenie systemu kar i bonifikat na poziomie z 2014/2015 r., będzie dużo bardziej restrykcyjne niż rozwiązania obowiązujące na rynku komercyjnym, a wysokość kar przewidzianych w Projekcie OPL będzie zbyt wysoka i nieadekwatna do relacji pomiędzy wymaganymi standardami obsługi, a kosztami ich zapewnienia. Partnerzy

Techniczni OPL wyrazili nadzieję na dalsze łagodzenie systemu kar i bonifikat w niedalekiej przyszłości.

Prezes UKE podkreśla, iż Oferta SOR nie odnosi się do postanowień umownych w ramach umów cywilnoprawnych na wykonawstwo (podwykonawstwo z zakresu wsparcia technicznego). Dodatkowo zdaniem Prezesa UKE potrzeby Partnerów Technicznych OPL nie mogą być utożsamiane z potrzebami rynku, o których mowa w art. 43 ust. 1 Pt. Tym samym zgłoszone przez Partnerów Technicznych OPL potrzeby nie mogą być brane pod uwagę w niniejszym postępowaniu.

Prezes UKE, analizując Projekt OPL, szczegółowo badał, czy rozwiązania zaproponowane przez OPL odpowiadają ww. potrzebom rynku telekomunikacyjnego, zwłaszcza w zakresie zapewnienia skutecznej i równoprawnej konkurencji. Ocena Projektu OPL przez Prezesa UKE nastąpiła również w oparciu o ustalenia wskazane w Decyzji Zobowiązującej.

Analizując Projekt OPL pod względem jego zgodności z potrzebami rynku wynikającymi z Decyzji SMP 2, Decyzji SMP 3, Decyzji SMP 3a i Decyzji SMP 3b, należy uznać, że Projekt OPL odpowiada tym potrzebom, w szczególności potrzebie zapewnienia skutecznej i równoprawnej konkurencji, potrzebie zapobiegania ograniczeniom konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz potrzebie zapewnienia jasnych i precyzyjnych zasad współpracy pomiędzy PT.

Dodatkowo, podkreślić należy, że zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym należy do celów działania Prezesa UKE (art. 189, ust. 2 pkt 2 lit b Pt). Dlatego też, dokonując wszechstronnej analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego, Prezes UKE uznał, że rozwiązanie zaproponowane w Projekcie OPL zapewnia utrzymanie konkurencyjności pomiędzy OA, a OPL.

OPL wskazała również, że postulowane w Projekcie OPL kary są surowsze niż kary zaakceptowane przez Prezesa UKE wobec beneficjentów POPC⁴⁹. W odniesieniu do powyższego Prezes UKE podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Decyzji Zobowiązującej, zgodnie z którym należy zauważyć, że zakres uregulowań wprowadzonych w ramach POPC nie przystaje do zakresu, którego dotyczy niniejsze postępowanie. Prezes UKE wskazuje, że Oferta SOR obejmuje różne rynki regulowane, podczas gdy obszary odnoszące się do POPC dotyczą jedynie fragmentu obszaru współpracy międzyoperatorskiej. Wobec powyższego Prezes UKE nie uwzględnił argumentów OPL dotyczących kar stosowanych w POPC i nie odniósł się do nich w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do argumentów prezentowanych we Wniosku wskazujących, że za zmianą Oferty SOR zgodnie z Projektem OPL przemawia również analiza analogicznych ofert stosowanych przez innych operatorów regulowanych na rynku zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych, Prezes UKE wskazuje co następuje. Fakt, iż wskazani przez OPL operatorzy nie określają kar umownych w informacjach dostępnych na ich stronach internetowych pozostaje bez znaczenia dla sprawy. Prezes UKE wskazuje, że jedynie OPL posiada na rynku zakańczania połączeń obowiązek stosowania oferty ramowej. W związku z powyższym Prezes UKE nie zatwierdza procedur, zasad i warunków świadczenia usług przez operatorów regulowanych na rynku zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych,

⁴⁹ Program Operacyjny Polska Cyfrowa

a tym samym nie ma wpływu na stosowany przez tych operatorów system kar umownych i bonifikat związanych z niewywiązywaniem się z warunków określonych w umowie.

Działania Prezesa UKE, polegające na zatwierdzeniu Projektu OPL zmierzają do zapewnienia dalszego rozwoju równoprawnej i skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz równoprawnego (niedyskryminacyjnego) traktowania zarówno OA przez OPL, jak i OPL przez OA, co stanowi jedną z potrzeb rynku telekomunikacyjnego.

Prezes UKE zaznacza, że zgodnie z art. 43 ust. 1 Pt, jeżeli przedstawiony projekt oferty ramowej odpowiada przesłankom określonym w tym przepisie, zatwierdza projekt oferty ramowej bez zmian. Prezes UKE podkreśla, że Projekt OPL jest zgodny z wymaganiami ustawowymi i zawartymi w Decyzji Zobowiązującej. Tym samym, Prezes UKE postanowił jak w sentencji Decyzji.

Po wszechstronnym i wnikliwym zbadaniu Projektu OPL oraz po dokładnym przeanalizowaniu akt sprawy, mając na uwadze, iż Oferta SOR powinna odpowiadać potrzebom rynku tj.: zapewniać skuteczną i równoprawną konkurencję oraz możliwość zapobiegania ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, Prezes UKE zatwierdził Projekt OPL.

Rygor natychmiastowej wykonalności

Katalog przesłanek uzasadniających nadanie decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności jest zamknięty, a zatem jedynie względ na dobra i wartości określone w art. 108 § 1 kpa zobowiązuje organ administracji publicznej do nadania decyzji takiego rygoru. Ustawodawca wymienia w art. 108 § 1 kpa kilka rodzajów dóbr, które podlegają ochronie przez nadanie decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności.

Zgodnie z art. 108 § 1 kpa decyzji administracyjnej może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności, gdy jest to niezbędne ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego albo dla zabezpieczenia gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami, bądź też ze względu na inny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony. W art. 108 § 1 kpa ustawodawca wymienia kilka rodzajów dóbr, które podlegają ochronie w drodze nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, między innymi jest nim „inny interes społeczny”.

Odnosząc się do przesłanki interesu społecznego, należy stwierdzić, „że nie ma trwałej, stałej definicji interesu społecznego, a treść tego pojęcia trzeba ustalać w każdym przypadku z osobna” (M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, Warszawa 1986, s. 209, por. Komentarz do kpa, B. Adamiak, J. Borkowski, Wyd. C.H.Beck, W-wa 2000, str. 457, pkt 6). W tym zakresie należy zaznaczyć, iż orzecznictwo wyróżnia m.in. trzy kategorie „interesów”: prywatny (indywidualny), społeczny oraz publiczny. Interes społeczny jest przeciwstawiany interesowi prywatnemu i nie musi oznaczać ogółu, a jedynie pewną zbiorowość (por. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 czerwca 2001 r., sygn. akt V SA 3718/00, zam. ONSA 2002 nr 3, poz. 124).

Należy wskazać, że Decyzja i skutki, jakie ze sobą niesie, mają istotne znaczenie dla interesu społecznego i wymagają zapewnienia ich natychmiastowej wykonalności. Prezes UKE nie zgadza się z argumentem prezentowanym w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT

wskazującym, iż w Decyzji nie wykazano interesu społecznego. Zdaniem KIGEiT „*brak jest jakichkolwiek rozważań, w jaki sposób utrzymanie obecnego poziomu kar umownych stanowić ma barierę dla takiego rozwoju [skutecznej konkurencji], w szczególności w kontekście tego, że Prezes UKE sam wskazuje, że stan konkurencji ulega systematycznej poprawie, co znajduje wyraz m.in. w deregulacji kolejnych rynków.*”

W sprawie interes społeczny wyraża się w dążeniu do wspierania rozwoju skutecznej konkurencji pomiędzy PT, zapewnienia równego traktowania PT oraz zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości oferowanych usług telekomunikacyjnych. Obecne regulacje w zakresie kar umownych i bonifikat są wobec OPL zbyt restrykcyjne w kontekście jakości usług oferowanych przez OPL. Rozwój konkurencji na rynku telekomunikacyjnym przełoży się na jakość świadczonych usług, ponieważ jakość świadczonych usług jest jednym z elementów umożliwiającym konkurowanie o abonentów końcowych z innymi OA. Zdaniem Prezesa UKE przesłanka interesu społecznego przejawia się w konieczności zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym i przemawia za nadaniem Decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Zdaniem Prezesa UKE, Projekt OPL umożliwi dalszy rozwój konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz niedyskryminujący dostęp do infrastruktury OPL. Zmiany Oferty SOR wprowadzone Decyzją pozwolą na świadczenie usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym przy zachowaniu wysokich standardów jakościowych, co związane jest z zapewnieniem jasnych i precyzyjnych zasad odpowiedzialności oraz naliczania kar umownych. Przyjęte rozwiązanie polegające na wprowadzeniu do Oferty SOR rozwiązań wypracowanych w postępowaniach zakończonych Decyzją Kary i Bonifikaty I i II z jednej strony pozwoli na wyeliminowanie potencjalnych niekorzystnych zjawisk związanych z nadużyciami na rynku telekomunikacyjnym, a z drugiej w dalszym ciągu będzie działało mobilizująco na OPL w zakresie świadczenia usług hurtowych z zachowaniem wysokich wskaźników jakości. Prezes UKE wskazuje również, że postanowienia Oferty SOR w zakresie kar umownych oraz bonifikat, nie mogą służyć osłabieniu pozycji konkurencyjnej OPL w świetle stwierdzonego wzrostu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym.

W ocenie Prezesa UKE, nadanie Decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności jest niezbędne, aby zmiany Oferty SOR mogły być jak najszybciej stosowane na rynku telekomunikacyjnym. Rozwiązanie przyjęte w Decyzji korzystnie wpłynie na konkurencję na rynku telekomunikacyjnym, co przełoży się na zapewnienie użytkownikom końcowym maksymalnych korzyści w zakresie oferowanych usług telekomunikacyjnych.

Dodatkowo Prezes UKE ma świadomość, iż uchylene Wyrokiem NSA Decyzji Kary i Bonifikaty I i II, może powodować dezorientację OA oraz powstawanie sporów międzyoperatorskich. Zasadne jest zatem nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności w celu jednoznacznego określenia zasad dotyczących kar i bonifikat określonych w Ofercie SOR. Powyższe nie stanowi samodzielnego uzasadnienia dla nadania Decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Niemniej jednak w kontekście pozostałych przedstawionych argumentów uzasadniających interes społeczny w niniejszej sprawie Prezes UKE uznaje powyższy argument za słuszny. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem zawartym w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wskazującym, iż argument jest zupełnie niezwiązany z treścią art. 108 kpa.

Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że eliminacja z Oferty SOR możliwości naliczania wielu kar za jedno zdarzenie również jest zgodna z przesłanką interesu społecznego umożliwiającą nałożenie rygoru natychmiastowej wykonalności, ponieważ przyczyni się do zmniejszania liczby sporów międzyoperatorskich. Powyższe przełoży się na wzrost jakości i terminowości w świadczeniu usług użytkownikom końcowym.

Odnosząc się do argumentów wskazanych w Stanowisku konsultacyjnym KIGEIT, iż tezy Prezesa UKE o nadmiernych roszczeniach kierowanych do OPL mają charakter czystej spekulacji, Prezes UKE wskazuje, że regulacje zawarte w Ofercie SOR w zakresie kar umownych oraz bonifikat z powodu zmiany warunków rynkowych przestały odpowiadać stwierdzonemu poziomowi jakości i terminowości w świadczeniu usług OPL. Teza ta została oparta o stwierdzone za pomocą Raportów kwartalnych NSKPI wzrost poziomu jakości i terminowości w świadczeniu usług OPL.

Wobec powyższego, należy uznać, iż nadanie Decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności jest niezbędne ze względu na interes społeczny, który jak już zostało wykazane wyraża się w dążeniu do wspierania skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej (poprzez zapewnienie sprawnej komunikacji międzyoperatorskiej) i tym samym do wspierania rozwoju skutecznej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, zapewnieniu równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a także w zapewnieniu użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości oferowanych im usług telekomunikacyjnych.

Biorąc pod uwagę wszystkie przedstawione powyżej okoliczności, Prezes UKE postanowił jak w sentencji Decyzji.

POUCZENIE

Strona niezadowolona z Decyzji może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy albo wnieść skargę do WSA w Warszawie bez skorzystania z prawa zwrócenia się do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy wnosi się w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji stronie (art. 127 § 3 w zw. z art. 129 § 2 kpa).

Stosownie do art. 127a § 1 w związku z art. 127 § 3 *in fine* kpa, w trakcie biegu terminu do zwrócenia się do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, strona może zrzec się prawa do wniesienia tego wniosku wobec Prezesa UKE. Z dniem doręczenia Prezesowi UKE oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna (art. 127a § 2 w związku z art. 127 § 3 *in fine* kpa).

Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji, na podstawie art. 3 § 2 pkt 1, art. 13 § 1 i § 2, art. 50 § 1, art. 52 § 1 i § 3, art. 53 § 1 i art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j.: Dz. U. 2018 r., poz. 1302 z późn. zm., dalej „*pps*”).

Zgodnie z art. 54a *pps*, skarga zostanie przekazana do rozpoznania sądowi, o ile inna strona tego postępowania nie zwróci się do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpoznanie sprawy. W takim bowiem przypadku Prezes UKE zobowiązany jest rozpoznać skargę jak wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 54a § 1 i § 2 *pps*).

Od skargi na decyzję, wszczynającej postępowanie przed sądem administracyjnym pobiera się wpis stały w wysokości 200 zł, na podstawie § 2 ust. 1 pkt 21 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2003, Nr 221, poz. 2193 z późn. zm.) w związku z art. 230 ppsa.

Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów sądowych albo przyznanie prawa pomocy stosownie do przepisów Działu V Rozdział 3 ppsa.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Karol Krzywicki